

# УЧАСТИЕ ФИНАНСИРУЮЩЕЙ СТОРОНЫ В СЛУШАНИЯХ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ

**Анастасия Васильевна Симонова,**

главный юриконсульт ПАО «Сбербанк», LL.M (Master of Laws, Queen Mary University of London)

**В** последнее время все больше сторон, финансирующих споры, предпочитают активную модель поведения<sup>1</sup>. Она включает в себя дополнительные услуги, такие как формирование стратегии ведения дела и присутствие на слушаниях<sup>2</sup>. Большую часть этих действий спонсор может осуществлять беспрепятственно, и лишь с последним пунктом могут возникнуть проблемы. Известный немецкий юрист Д. вон Гоелер подчеркивает, что финансирующая сторона очень заинтересована в присутствии на слушаниях, так как желает иметь прямой доступ ко всей информации<sup>3</sup>. Однако подобное волеизъявление может вызвать негативную реакцию другой стороны и трибунала, а кроме того, привести к увеличению расходов и сроков ведения разбирательства<sup>4</sup>. Что касается клиентов, для них присутствие спонсора на слушаниях является большим преимуществом, поскольку позволяет воспользоваться не только его финансами, но и услугами его правовой и тактической экспертизы<sup>5</sup>.

В некоторых странах финансирующая сторона может беспрепятственно посещать слушания. В Великобритании это распространенная практика, если нет обоснованных возражений со стороны трибунала<sup>6</sup>. В Сингапуре финансирующая сторона свободно посещает арбитражные слушания при условии подписания соглашений о конфиденциальности<sup>7</sup>. Однако такой порядок действует далеко не везде.

Пока не разработаны правила, которые закрепляли бы право финансирующей стороны посещать закрытые слушания в арбитраже. Следовательно, чтобы присутствовать, финансирующая сторона должна получить разрешение другой стороны<sup>8</sup>. Однако ситуации, когда оппонент идет навстречу, встречаются крайне редко. Есть ли у трибунала необходимые полномочия, чтобы разрешить присутствие третьей стороны вопреки желанию участника спора? Попытаемся разобраться.

Так как слушания проходят в закрытом режиме, у арбитра имеется возможность исключить присутствие любого участника на основании «предполагаемого разрешения», имеющегося в арбитражном соглашении<sup>9</sup>. Означает ли это, что у трибунала есть и противоположная возможность — разрешить присутствие одной из сторон на слушаниях вопреки возражениям другой стороны?

Сложилось два основных подхода к данному вопросу. Одни авторы утверждают, что, поскольку источником полномочий трибунала является воля сторон, все решения должны

<sup>1</sup> Подробнее см.: Симонова А.В. Финансирование споров третьей стороной в международном арбитраже: пассивная и активная модели // Законодательство. 2022. № 4. С. 71—76.

<sup>2</sup> Veljanovski C. Third Party Litigation Funding in Europe // Journal of Law, Economics and Policy. 2012. Vol. 8. P. 408.

<sup>3</sup> Goeler J. von. Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure. Alphen aan den Rijn, 2016. P. 308.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> ICCA-Queen Mary Task Force Report Third-party funding in international arbitration // ICCA. The ICCA Reports. 2018. N 4. P. 28.

<sup>6</sup> Litigation funding / Ed. by S. Friel, J. Barnes. London, 2019. P. 29—30.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Goeler J. von. Op. cit. P. 308.

<sup>9</sup> Merkin R. Arbitration Law. London, 2018.

приниматься в соответствии с их позицией. Другие исследователи полагают, что арбитр выступает в данной ситуации в той же роли, что и судья, следовательно, он уполномочен действовать так, как считает необходимым для достижения целей процесса и эффективного разрешения спора, даже если придется при этом нарушить волю сторон<sup>10</sup>.

В большинстве арбитражных регламентов преобладает второй подход, легализующий право трибунала вести разбирательство по своему усмотрению<sup>11</sup>. Так, в регламенте Международного арбитражного центра в Гонконге четко прописаны обстоятельства, которые арбитры должны учесть для надлежащего разрешения спора<sup>12</sup>. В правилах Лондонского международного третейского суда закреплено, что трибунал обладает полной свободой при исполнении своих обязанностей для справедливого, эффективного и быстрого проведения арбитражного разбирательства<sup>13</sup>.

Этот подход отражен и в литературе. Отмечается, что арбитры наделены эксклюзивными дискреционными полномочиями и могут пойти против воли стороны<sup>14</sup>. Риск, что такое решение впоследствии будет обжаловано, минимален<sup>15</sup>.

Следовательно, есть все основания утверждать, что трибуналу предоставлена широкая дискреция в отношении ведения разбирательства. Но существуют ли пределы усмотрения трибунала? Что является источником его полномочий?

Компетенция арбитров не детализирована ни в арбитражных регламентах, ни в национальных законодательствах, она зависит от прямого или подразумеваемого соглашения сторон<sup>16</sup>. Как подчеркивается в литературе, если речь идет об общих полномочиях трибунала, их традиционно разделяют на подразумеваемые и договорные<sup>17</sup>.

Доктрина подразумеваемых полномочий была предложена Международным судом ООН<sup>18</sup>. К ней обращались в ряде дел, в том числе в отношении ООН и Всемирной организации здравоохранения, она нашла отражение и в международном инвестиционном арбитраже<sup>19</sup>. Эта доктрина строится на презумпции, согласно которой международная организация должна иметь полномочия, необходимые для осуществления своих обязательств, даже если они напрямую не упоминаются в международном соглашении<sup>20</sup>. Имеется, однако, ряд ограничений. Крайне важно продемонстрировать, что подразумеваемое полномочие вытекает из цели, которую преследовали стороны договора, и что без этой функции организация не сможет выполнить свое предназначение<sup>21</sup>. Доктрина призвана предоставить трибуналу такой спектр полномочий, который позволил бы эф-

<sup>10</sup> *De Boisseson M.* New tensions between arbitrators and parties in the conduct of the arbitral procedure // *International Arbitration Law Review*. 2007. N 10. P. 178.

<sup>11</sup> The UNCITRAL Arbitration Rules. Art. 17 // URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (дата обращения — 5 июня 2022 г.); Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Rules, art. 23 // URL: [https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules\\_eng\\_2020.pdf](https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf) (дата обращения — 15 июня 2022 г.); The International Chamber of Commerce Arbitration Rules, art. 22 // URL: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> (дата обращения — 15 июня 2022 г.); The Singapore International Arbitration Centre Rules, art. 19 // URL: [https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20\(Russian%20version\)\\_Complete.pdf](https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20(Russian%20version)_Complete.pdf) (дата обращения — 16 июня 2022 г.).

<sup>12</sup> The HKIAC Arbitration Rules. Art. 13.1, 14 // *Hong Kong International Arbitration Centre*. URL: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2018/11/2018-HKIAC-Arbitration-Rules.pdf> (дата обращения — 5 июня 2022 г.).

<sup>13</sup> The LCIA Arbitration Rules 2020 // *London Court of International Arbitration*. Art. 14 // URL: [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx) (дата обращения — 6 июня 2022 г.).

<sup>14</sup> *De Boisseson M.* Op. cit. P. 178.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Mustill J.M., Boyd S.C.* The law and practice of commercial arbitration in England. Butterworths, 1989. P. 291—293.

<sup>17</sup> *Rogers C.* Ethics in international commercial arbitration. Oxford, 2014. P. 266.

<sup>18</sup> *Castro de Figueiredo R.* ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues. Kluwer Law International. 2016. P. 115—117.

<sup>19</sup> *Mitchell A.D., Voon T.* Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law. / Ed. J. Klingler et al. Alphen aan den Rijn, 2019. P. 340.

<sup>20</sup> *Castro de Figueiredo R.* Op. cit.

<sup>21</sup> *Ibid.*

эффективно действовать даже в тех случаях, когда строгое толкование текста соглашения не позволяет достичь необходимой цели в существующих обстоятельствах<sup>22</sup>.

Что касается договорных полномочий, стороны вправе согласовать любые полномочия, подходящие под цели процесса<sup>23</sup>. Ограничения касаются лишь вопросов соответствия публичному порядку и тех функций, которые, как правило, может осуществлять только судья<sup>24</sup>. На наш взгляд, последнее ограничение не столь актуально в наши дни в связи с тенденцией отделения третейского разбирательства от национальных судов<sup>25</sup>.

Можно выделить две основные теории, определяющие роль арбитра<sup>26</sup>. В соответствии с первой теорией арбитры — это отправители правосудия, которые наделены теми же функциями, что и судьи. Главное в полномочиях трибунала — это правомочие разрешить спор, что отличает арбитраж от иных альтернативных форм, например медиации<sup>27</sup>. Эта роль принципиально отлична от представительской, когда юристы обязаны представлять сторону и защищать ее интересы<sup>28</sup>. Следовательно, в соответствии с данной концепцией арбитр может осуществлять те же полномочия, что и судья<sup>29</sup>. Последователи данной теории полагают, что трибунал имеет власть решить любой вопрос, касающийся процесса, безотносительно мнения любой из сторон. В то же время ряд исследователей придерживается альтернативной точки зрения, отстаивая мнение о том, что функции арбитра ограничены приведением в силу арбитражного соглашения, в связи с чем они связаны волей сторон и не могут решать возникающие вопросы без их непосредственного согласия<sup>30</sup>.

На практике стороны редко прописывают полномочия арбитров в деталях<sup>31</sup>, в результате остается под вопросом способность последних осуществлять нестандартные функции, такие как дисквалификация представителя, его удаление со слушаний или раскрытие доказательств<sup>32</sup>.

Итак, стороны редко явно обозначают возможность финансирующей стороны присутствовать на слушаниях. В арбитражных регламентах отсутствуют четко сформулированные правила по данному вопросу. В таком случае следует обратиться к общим правилам, регулирующим процедуру разрешения споров. Распространен подход, поддерживаемый арбитражным национальным законодательством и регламентами и состоящий в том, что арбитрам предоставлены широкие полномочия для определения процедуры разрешения спора<sup>33</sup>.

Например, ст. 44 Арбитражного регламента Вашингтонской конвенции дает трибуналу право рассматривать те вопросы, которые не были напрямую предусмотрены сторонами<sup>34</sup>. Таким образом, арбитры на основании права усмотрения могут принимать решения по всем вопросам, связанным с присутствием на слушаниях третьей стороны, в особенности с учетом отсутствия регулирования в этой сфере.

<sup>22</sup> Mitchell A.D., Voon T. Op. cit. P. 340.

<sup>23</sup> English Arbitration act 1996. S. 38.

<sup>24</sup> Mustill J.M., Boyd S.C. Op. cit.

<sup>25</sup> Lew J.M., Mistelis L.A., Kroll S.M. Comparative International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn, 2003. P. 335.

<sup>26</sup> Rogers C. Op. cit. P. 269.

<sup>27</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman. International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard. The Hague, 1999. P. 560.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Rogers C. Op. cit.

<sup>31</sup> Wachter R. The Arbitrator and the Arbitration Procedure: On the Inherent Powers of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration // Austrian Yearbook on International Arbitration. 2012. P. 65—66.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> The ICSID Convention Arbitration Rules. Art. 44 // URL: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partA-chap04.htm#s03> (дата обращения — 1 июня 2022 г.).

<sup>34</sup> The ICSID Arbitration Rules. Art. 44.

Согласно положениям регламента Лондонского третейского суда арбитр имеет право решать все вопросы относительно процедуры<sup>35</sup>. Стороны могут дать рекомендации относительно любых аспектов рассмотрения спора, но трибунал не обязан учитывать их мнение<sup>36</sup>. Полагаем, этот регламент может быть ориентиром для арбитров в процессах с участием финансирующей стороны.

В практике инвестиционных и коммерческих арбитражей пока не случалось такого, чтобы трибунал рассматривал вопрос об участии третьей стороны в слушании. Однако есть случаи, когда арбитры принимали решение о присутствии на слушаниях адвокатов. Ряд исследователей полагает, что финансирующая сторона имеет много общего с представителями сторон, в связи с этим к спонсорам можно применять аналогичное регулирование<sup>37</sup>. Этот подход основывается на ст. 6 «b» Руководящих принципов международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже. Данная норма предписывает: если одна из сторон является юридическим лицом, то любое юридическое или физическое лицо, имеющее контролирующее влияние на это юридическое лицо, или лицо, имеющее прямую экономическую заинтересованность в арбитражном решении, подлежащем вынесению, или лицо, принявшее на себя обязательство возместить потери стороны в результате вынесения арбитражного решения, может быть отождествлено с такой стороной<sup>38</sup>. Это положение часто используется в ситуациях, когда требуется определить, существует ли конфликт интересов между арбитром и финансирующей стороной<sup>39</sup>.

Несмотря на широкие полномочия трибунала в отношении ведения процесса, вопрос о возможности исключить присутствие представителя на слушаниях остается сложным<sup>40</sup>. По мнению некоторых специалистов, у трибунала нет правомочия ограничить присутствие адвокатов на слушаниях, поскольку представители не являются сторонами арбитражного соглашения и не связаны договорными отношениями с арбитрами<sup>41</sup>.

Другие предлагают рассматривать эту функцию как подразумеваемое полномочие трибунала, позволяющее ему проводить слушания в отсутствие юристов сторон<sup>42</sup>.

Также существует мнение, согласно которому вопросы присутствия представителей на слушаниях должны разрешаться национальными судами, поскольку подлежат применению локальные кодексы профессиональной этики<sup>43</sup>.

Представляется убедительной позиция тех, кто считает, что возможность исключить присутствие представителя на слушаниях вытекает из правомочия принимать необходимые меры для защиты надлежащей процедуры<sup>44</sup>.

Еще один подход состоит в том, что компетенция трибунала вытекает из общего принципа добросовестности, который основан на соглашении сторон<sup>45</sup>. Если данный принцип игнорируется, сторона может использовать этот правовой пробел и злоупотреблять своими правами, например, включить нового адвоката в юридическую команду представителей на завершающей стадии процесса с целью оспорить действия трибунала и избавиться от нежелательного арбитра<sup>46</sup>.

<sup>35</sup> The LCIA Arbitration Rules 2020. Art.14. URL: [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx)

<sup>36</sup> Scherer M., Richman L. Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide. Chapter 14. London, 2015. P. 204.

<sup>37</sup> Dautaj A. The Ethical Paradox Put to Play by Guerilla Tacticians // Kluwer Arbitration Blog. 2018. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/11/04/the-ethical-paradox-put-to-play-by-guerilla-tacticians/> (дата обращения — 5 июня 2022 г.).

<sup>38</sup> The IBA Guidelines on the conflict of interest, 6(B) // URL: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=601BFA34-F5E6-4CD8-A4C1-D1C0BDF4CEBE> (дата обращения — 1 июня 2022 г.).

<sup>39</sup> Dautaj A. Op. cit.

<sup>40</sup> Waincymer J. Regulatory developments in the Control of Counsel in International Arbitration. The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration and the New LCIA Rules and Annex // Arbitration International. 2012. Vol. 30. N 3. P. 520—522.

<sup>41</sup> Mustill J.M., Boyd S.C. Op. cit.

<sup>42</sup> Waincymer J. Op. cit.

<sup>43</sup> Parti M., Khubchandani M. Counsel disqualification: Indian and international arbitration perspectives // Arbitration. 2015. N 81(3). P. 268.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Ibid.

Кроме того, некоторые полагают, что возможность арбитра исключить присутствие юриста на слушаниях основана на принципе эффективности<sup>47</sup>. Трибунал может разрешить вопросы, связанные с представителем, более результативно, поскольку он уже знаком со всеми обстоятельствами дела<sup>48</sup>. Если же подобный вопрос будет рассматриваться национальным судом, это приведет к росту издержек и потере времени, что прямо противоречит решению сторон отдать спор в арбитраж для наиболее быстрого и экономного разрешения спора<sup>49</sup>.

Приведем и еще одно мнение, согласно которому полномочия арбитров исключить представителя основаны на принципах справедливости и равенства сторон<sup>50</sup>. Если сторона выбрала адвоката, который подрывает процедуру арбитража, это нарушает права другой стороны<sup>51</sup>.

С. Макмаллан называет два источника власти арбитров, позволяющие исключать присутствие представителя на слушаниях<sup>52</sup>. В первую очередь это право вытекает из полномочий трибунала принимать меры, которые необходимы ему для осуществления своих функций<sup>53</sup>. Этот аргумент напоминает доктрину подразумеваемых полномочий международных организаций. С. Макмаллан предлагает, чтобы трибунал гарантировал обеспечительные меры, которые напрямую упоминаются в Модельном законе UNCITRAL<sup>54</sup>. Это подчеркивает стремление автора защитить неприкосновенность процедуры и иллюстрирует широкую возможность усмотрения, предоставляемую арбитрам<sup>55</sup>.

Правомочие трибунала гарантировать обеспечительные меры отмечено в национальных арбитражных законах (это Швейцарский статут о частном праве (ст. 183), Немецкий арбитражный акт (ст. 1041)), а также в арбитражных регламентах и не подвергается сомнению<sup>56</sup>. Следовательно, большинство национальных законов и арбитражных регламентов поддерживают идею наделения арбитров правом решать процедурные вопросы без ограничений. Кроме того, источником таких полномочий является ключевая функция трибунала защищать непрерывность процедуры и способствовать правильному разрешению спора, следить за тем, как стороны представляют свое дело<sup>57</sup>. Это можно рассматривать как охрану решения арбитража от враждебных действий, которые могут угрожать его будущему приведению в исполнение<sup>58</sup>.

А.С. Рау утверждает, что в отсутствии четких положений в арбитражном соглашении или арбитражном регламенте право допускать или не допускать лиц на слушания основано на полномочии арбитра определять процедуру и на его обязанности следить за справедливостью процесса и непрерывностью разбирательства<sup>59</sup>. Единственным правовым пробелом представляется уместность использования этого права в конкретной ситуации<sup>60</sup>.

Рассмотрим пример из практики международного коммерческого арбитража относительно присутствия представителей на слушаниях. В деле *How Engineering Services* арбитр провел индивидуальную встречу с экспертами без адвокатов<sup>61</sup>. Решение пытались

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> *McMullan S. Holding Counsel to Account in International Arbitration // Leiden Journal of International Law. 2011. N 24. P. 507—508.*

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Ibid. См. также: The UNCITRAL Arbitration Rules. Art. 17.

<sup>55</sup> *McMullan S. Op. cit.*

<sup>56</sup> English Arbitration Act. Sect. 44; Swiss Private International Law Statute. Art. 183; German Arbitration Act. Sect. 1041; The UNCITRAL Arbitration Rules. Art. 26; The LCIA Rules. Art. 25; The ICC Rules. Art. 28.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> *Scott R.A. Arbitrators without powers? Disqualifying Counsel in Arbitral Proceedings // Arbitration International. 2014. N 30. P. 460.*

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> *How Engineering Services limited v. Lidner Ceilings Floors Partitions [1999] 2 All E.R. (Comm). P. 374.*

оспорить, но суд пришел к выводу о том, что арбитр действовал строго в рамках своих полномочий<sup>62</sup>. Проведение встречи без представителей может показаться несправедливым и нарушающим основные правила правосудия, но она была организована таким образом, что позволила экспертам быстро прийти к соглашению<sup>63</sup>.

Этот подход был заимствован трибуналами в широко известных делах МЦУИС. Трибунал инвестиционного арбитража изучал вопрос о наличии полномочий у арбитра исключать присутствие адвоката на слушаниях. В деле *Hrvatska* Словению представляла арбитражная команда известной фирмы *Allen&Overy*<sup>64</sup>. За две недели до слушаний арбитр получил список лиц, которые должны были присутствовать на слушаниях<sup>65</sup>. Он включал Д. Милдона, который был членом той же судебной палаты, что и глава трибунала, причем его присутствие не было заявлено в начале процесса<sup>66</sup>. Команда истца была крайне обеспокоена ситуацией и запросила подробный комментарий по этому вопросу<sup>67</sup>. Их беспокоило, что Д. Милдон мог быть вовлечен в дело недавно, и этот факт не был надлежаще раскрыт ответчиком. Ответчик отказался сообщать подробности на том основании, что эта информация не имеет отношения к делу<sup>68</sup>.

Арбитры должны были решить вопросы о том, имеет ли трибунал право исключить Д. Милдона из числа присутствующих на слушаниях и является ли это приемлемым в существующих обстоятельствах<sup>69</sup>.

Трибунал отметил, что регламент Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров не содержит нормы, прямо закрепляющей полномочие арбитров исключать присутствие адвокатов на слушаниях. Следовательно, на первый взгляд, решение об исключении кажется нарушением важного права на представительство<sup>70</sup>. Тем не менее обстоятельства дела были особыми, они касались принципа неизменяемости надлежаще сформированного трибунала, который превалирует над правом стороны составлять свою команду<sup>71</sup>. Решение ответчика изменить состав представителей на позднем этапе разбирательства угрожало легитимности трибунала и непрерывности разбирательства<sup>72</sup>. Что касается необъективности, было предложено посмотреть на ситуацию с позиции стороннего наблюдателя, и было установлено, что в данном случае возникнут обоснованные сомнения<sup>73</sup>. Несмотря на то что барристеры являются самозащитными лицами, для иностранных юристов с другим бэкграундом, склонных представлять структуру английских адвокатских палат как юридическую фирму, это может быть неочевидно<sup>74</sup>. Кроме того, поведение ответчика и его нежелание раскрыть информацию создали атмосферу недоверия и подозрительности<sup>75</sup>. Все эти обстоятельства в совокупности позволили принять решение о том, что адвокат ответчика не должен присутствовать на слушаниях<sup>76</sup>.

---

<sup>62</sup> Ibid. P. 19.

<sup>63</sup> Ibid. P. 20.

<sup>64</sup> *Hrvatska Elektroprivreda v. The Republic of Slovenia* (ICSID Case No. ARBI 05124). Tribunal's Ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings dated 6 May 2008 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6289.pdf> (дата обращения — 1 июня 2022 г.).

<sup>65</sup> Ibid. P. 3.

<sup>66</sup> Ibid. P. 3.

<sup>67</sup> Ibid. P. 4, 7.

<sup>68</sup> Ibid. P. 7, 8.

<sup>69</sup> Ibid. P. 13, 15.

<sup>70</sup> Ibid. P. 24, 26.

<sup>71</sup> Ibid. P. 25.

<sup>72</sup> Ibid. P. 27.

<sup>73</sup> Ibid. P. 30.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Ibid. P. 31.

<sup>76</sup> Ibid. P. 34.

В деле *Rompetrol Group N.V. v. Romania* представитель истца по уважительной причине не смогла присутствовать на слушаниях<sup>77</sup>. Дело было передано ее коллегам, одна из которых работала в той же юридической фирме, что и другие члены трибунала<sup>78</sup>. Арбитры должны были решить вопрос, есть ли у них подразумеваемое полномочие исключить присутствие адвоката на слушаниях<sup>79</sup>. Было отмечено, что единственным источником такой власти является общий тон арбитражных правил и право действовать так, чтобы не допустить нарушения процессуальной законности<sup>80</sup>. Учитывая эти факторы, в особенности отсутствие специальных положений в правилах, трибунал пришел к выводу, что такое полномочие может существовать, но должно быть использовано в исключительных случаях и при особых обстоятельствах<sup>81</sup>. Арбитры отвергли идею о том, что существует приоритет права иметь представителя над независимостью трибунала, отметив, что оба этих принципа являются равноправными, и задача трибунала — найти баланс между ними<sup>82</sup>. С точки зрения трибунала, решение по делу *Hrvatska* можно рассмотреть в качестве *ad hoc* санкции за объявление в последнюю минуту, но обстоятельства в деле *Rompetrol* были другими, и в удовлетворении было отказано<sup>83</sup>. Важный аспект этого решения состоит в том, что было подчеркнуто: требования к арбитру и адвокату неодинаковы<sup>84</sup>. Как указал трибунал, арбитры должны быть независимыми и беспристрастными, а представитель не обязан обладать этими качествами<sup>85</sup>.

Сравнивая эти два дела, эксперты обращают внимание на разницу в фактических предпосылках<sup>86</sup>. Отмечается, что в деле *Rompetrol* адвокат занимал лидирующую позицию в команде, тогда как в деле *Hrvatska* его позиция была второстепенной<sup>87</sup>. К факторам, оказавшим влияние на решение арбитров, также относят время раскрытия информации: заранее или в последнюю минуту, после того как трибунал уже сформирован<sup>88</sup>.

В одном нераскрытом деле МЦУИС было установлено, что адвокат истца ранее представлял ответчика по другому делу<sup>89</sup>. Комитет признал, что обязанность трибунала гарантировать соблюдение представителем принципа конфиденциальности является составной частью полномочия обеспечивать равенство и справедливость разбирательства<sup>90</sup>. Тем не менее нет четко установленного полномочия наказывать адвокатов за нарушения<sup>91</sup>. Международный трибунал не обязан применять национальные этические правила, он связан только фундаментальными основами справедливого разрешения споров<sup>92</sup>. Поэтому в требовании дисквалифицировать адвоката было отказано<sup>93</sup>.

На наш взгляд, по аналогии с этим решением трибунал также не должен применять национальные правила в отношении финансирующей стороны. Как отмечено ранее,

<sup>77</sup> *Rompetrol Group N.V. v. Romania* (ICSID Case N ARB/06/3). Decision of the Tribunal on Participation of Counsel dated 14 January 2010. P. 4 // URL: <https://www.italaw.com/cases/920> (дата обращения — 5 июня 2022 г.).

<sup>78</sup> *Ibid.* P. 5.

<sup>79</sup> *Ibid.* P. 13.

<sup>80</sup> *Ibid.* P. 14.

<sup>81</sup> *Ibid.* P. 15.

<sup>82</sup> *Ibid.* P. 21.

<sup>83</sup> *Ibid.* P. 25.

<sup>84</sup> *Ibid.* P. 19.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Ridhi Kabra *Defining the Contours of a Commercial Arbitral Tribunal: Can ICSID Decisions Confer an Inherent Power on the Tribunal to Regulate Appointment of Counsels* // *Indian Journal of Arbitration Law*. Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law. National Law University. Jodhpur. 2013. Vol. 2. Iss. 2. P. 9.

<sup>87</sup> *Scott R.A.* Op. cit.

<sup>88</sup> Ridhi Kabra *Defining the Contours of a Commercial Arbitral Tribunal...*

<sup>89</sup> *Raymond D.B.* *Advocacy and Ethics in International Arbitration: Ethics in International Arbitration*. Arbitration Advocacy in Changing Times. ICCA Congress Series. ICCA & Kluwer Law International. 2011. Vol. 15. P. 386—387.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Ibid.*

в некоторых юрисдикциях деятельность спонсоров запрещена<sup>94</sup>. Арбитры могут столкнуться с ситуацией, когда одна сторона привыкла к очень строгому подходу к финансирующей стороне в национальной юрисдикции и в связи с этим настаивает на таком же подходе при разрешении своего спора. Тем не менее полагаем целесообразным в таких случаях не применять национальное законодательство, за исключением обязательных для исполнения правил места разрешения спора.

В деле *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* представителя обвинили в нарушениях в связи с тем, что он ранее участвовал в аналогичном арбитражном разбирательстве по правилам ICC в отношении того же строительного проекта и имел доступ к конфиденциальной информации<sup>95</sup>. Комитет отметил, что Вашингтонская конвенция (ICSID Convention Arbitration rules) не содержит никаких инструкций касательно правомочности трибунала дисквалифицировать адвоката<sup>96</sup>. Тем не менее регламент Вашингтонской конвенции дает трибуналу возможность решать любые вопросы, которые не затрагиваются в этой конвенции<sup>97</sup>. Было отмечено, что трибунал обязан создать равные и справедливые условия сторонам для изложения своей позиции<sup>98</sup>. У арбитров нет правомочий санкционировать нарушения адвокатской этики, кроме того, они не связаны какими-либо национальными правилами и могут использовать их только как рекомендации<sup>99</sup>. Проанализировав все обстоятельства дела, Комитет пришел к выводу о том, что нет прямых доказательств предубеждения адвоката, и отказал в иске, указав, что аморфные основания не являются достаточно убедительными для того, чтобы ограничить сторону в праве обратиться к услугам выбранного ею представителя<sup>100</sup>.

Приведенные дела МЦИУС позволяют оценить, как вопрос о полномочиях арбитров решается на практике<sup>101</sup>. Может показаться, что дело *Hrvatska* подтверждает право трибунала исключать лиц из числа присутствующих на слушаниях в целях соблюдения принципа непрерывности процедуры разрешения спора. Но в решении по делу *Rompetrol v. Romania* прослеживается противоположный подход: если такое полномочие и существует, то оно должно использоваться крайне редко и только в особых обстоятельствах<sup>102</sup>.

Тем не менее тот факт, что трибунал вообще стал рассматривать этот вопрос, подтверждает, что его юрисдикция включает в себя правомочие рассматривать подобные ситуации. Кроме того, в одном нераскрытом деле МЦИУС Комитет подчеркивает, что это обязанность трибунала, которая является составной частью долга арбитров обеспечить справедливость и равенство сторон спора<sup>103</sup>. Данный вывод основан на общих, а не на национальных принципах. В деле *Libananco Holdings Co* трибунал подчеркнул, что принятие всех мер для обеспечения справедливости процедуры — неотъемлемое правомочие международного коммерческого и даже инвестиционного арбитража, несмотря на то что одной из сторон является суверенное государство<sup>104</sup>.

Таким образом, у трибунала есть полномочие решать все возникающие в ходе процесса процедурные вопросы<sup>105</sup>. Оно включает в себя возможность исключить присут-

<sup>94</sup> *Litigation funding* / Ed. by S. Friel, J. Barnes.

<sup>95</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case N ARB/03/25) (Annulment Proceeding, decision on application for disqualification). P. 7 // URL: <https://www.italaw.com/cases/456> (дата обращения — 5 июня 2022 г.).

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.* P. 37.

<sup>99</sup> *Ibid.* P. 41.

<sup>100</sup> *Ibid.* P. 55.

<sup>101</sup> *Raymond D.B.* Op. cit. P. 386—387.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Libananco Holdings Co Limited v. Republic of Turkey* ICSID case N ARB/06/8. P. 78.

<sup>105</sup> *Ibid.* P. 19.

ствие адвоката или любого другого лица на слушаниях, а следовательно, по аналогии и право решить вопрос о присутствии финансирующей стороны, поскольку функции финансирующей стороны, активно участвующей в рассмотрении спора, схожи с функциями представителя<sup>106</sup>.

Факторы и обстоятельства, которые были учтены арбитрами при вынесении решения о присутствии адвокатов на слушании, вероятно, будут учтены и в отношении вопроса о присутствии финансирующей стороны. В первую очередь рекомендуется раскрыть факт наличия финансирующей стороны путем подачи письменного оповещения<sup>107</sup>. Будет полезно включить в него список действий, в которых спонсор планирует принять участие. Очень важно раскрыть данный факт в самом начале процесса, так как если это будет сделано после сформирования трибунала, арбитры могут расценить такой шаг как угрозу непрерывности процедуры<sup>108</sup>. Кроме того, следует зафиксировать, что факт присутствия спонсора был предварительно обсужден с другой стороной, и представить переписку или запись встречи. Это продемонстрирует обоснованность такого шага и отсутствие желания затянуть процесс<sup>109</sup>. Кроме того, если финансирующая сторона действительно принимает активное участие в ведении дела, это может убедить трибунал в необходимости присутствия спонсора на слушаниях. Аргументами послужат протоколы спонсора и финансовое соглашение, а также привычная практика спонсора, профессиональные отношения между финансирующей стороной, истцом и правовой командой<sup>110</sup>.

Также трибуналу следует учесть, в какой стране должно приводиться в исполнение финальное решение, и убедиться, что данная страна не запрещает институт финансирования третьей стороной, в противном случае решение будет противоречить публичному порядку<sup>111</sup>. Важную роль может сыграть и имидж финансирующей стороны. Трибунал более благосклонно отнесется к известной компании с прозрачной репутацией.

Итак, в настоящее время с учетом текущего регулирования финансирующая сторона не имеет возможности свободно посещать закрытия слушания в международном арбитраже. Арбитры могут рассмотреть вопрос о присутствии финансирующей стороны на слушаниях даже в случае протеста одной из сторон, однако существует целый ряд факторов, которой будет учитываться при принятии финального решения и влиять на выбор трибунала. ■

<sup>106</sup> Dautaj A. Op. cit.

<sup>107</sup> Kinnear M. Vannin Capital's comments on proposals for amendment of the ICD Rules on Third-Party funding. 14 January, 2018 // URL: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/public-input/Vannin%20Capital-Comments\\_1.14.19.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/public-input/Vannin%20Capital-Comments_1.14.19.pdf) (дата обращения — 5 июня 2022 г.).

<sup>108</sup> Ridhi Kabra Defining the Contours of a Commercial Arbitral Tribunal... P. 9.

<sup>109</sup> Parti M., Khubchandani M. Op. cit.

<sup>110</sup> ICCA-Queen Mary Task Force Report Third-party funding in international arbitration // ICCA. The ICCA Reports. 2018. N 4. P. 259.

<sup>111</sup> The New York Convention. Art. 5.

### Ключевые слова

международный арбитраж, финансирование споров третьей стороной, разрешение споров, полномочия арбитров, судебное финансирование, участие в слушаниях

### Список источников

1. Башкова А.А. Финансирование международного третейского разбирательства третьей стороной (third-party funding): преимущества и недостатки, процессуальные риски на примере новейшей практики // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 1.
2. Горленко А.А., Бузова Е.С. Арбитраж (третейское разбирательство) в России. Новая эра и новые вызовы // Закон. 2017. № 9.
3. Пискунович Е., Акулина А. Правовое регулирование финансирования судебного и третейского разбирательства третьими лицами в РФ // Modern Arbitration: Live Journal. 2021. № 2.
4. Симонова А.В. Финансирование споров третьей стороной в международном арбитраже: пассивная и активная модели // Законодательство. 2022. № 4.

5. *Castro de Figueiredo R.* ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues. Kluwer Law International, 2016.
6. *Dautaj A.* The Ethical Paradox Put to Play by Guerilla Tacticians // Kluwer Arbitration Blog. 2018. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/11/04/the-ethical-paradox-put-to-play-by-guerilla-tacticians/> (дата обращения — 5 июня 2022 г.).
7. *De Boissesson M.* New tensions between arbitrators and parties in the conduct of the arbitral procedure // International Arbitration Law Review. 2007. N 10.
8. *Goeler J. von.* Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure. Alphen aan den Rijn, 2016.
9. ICCA-Queen Mary Task Force Report Third-party funding in international arbitration // ICCA. The ICCA Reports. 2018. N 4.
10. *Kinnear M.* Vannin Capital's comments on proposals for amendment of the ICID Rules on Third-Party funding. 14 January, 2018 // URL: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/public-input/Vannin%20Capital-Comments\\_1.14.19.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/public-input/Vannin%20Capital-Comments_1.14.19.pdf) (дата обращения — 5 июня 2022 г.).
11. *Lew J.M., Mistelis L.A., Kroll S.M.* Comparative International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn, 2003.
12. Litigation funding / Ed. by S. Friel, J. Barnes. London, 2019.
13. *McMullan S.* Holding Counsel to Account in International Arbitration // Leiden Journal of International Law. 2011. N 24.
14. *Merkin R.* Arbitration Law. London, 2018.
15. *Mitchell A.D., Voon T.* Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law. / Ed. J. Klingler et al. Alphen aan den Rijn, 2019.
16. *Mustill J.M., Boyd S.C.* The law and practice of commercial arbitration in England. Butterworths, 1989.
17. *Parti M., Khubchandani M.* Counsel disqualification: Indian and international arbitration perspectives // Arbitration. 2015. N 81(3).
18. *Raymond D.B.* Advocacy and Ethics in International Arbitration: Ethics in International Arbitration. Arbitration Advocacy in Changing Times. ICCA Congress Series. ICCA & Kluwer Law International. 2011. Vol. 15.
19. *Rogers C.* Ethics in international commercial arbitration. Oxford, 2014.
20. *Scherer M., Goldsmith A., Flechet C.* Third-party funding in international arbitration in Europe: Funders' Perspectives // International Business Law Journal. 2012.
21. *Scherer M., Richman L.* Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide. Chapter 14. London, 2015.
22. *Scott R.A.* Arbitrators without powers? Disqualifying Counsel in Arbitral Proceedings // Arbitration International. 2014. N 30.
23. *Veljanovski C.* Third Party Litigation Funding in Europe // Journal of Law, Economics and Policy. 2012. Vol. 8.
24. *Waincymer J.* Regulatory developments in the Control of Counsel in International Arbitration. The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration and the New LCIA Rules and Annex // Arbitration International. 2012. Vol. 30. N 3.

Статья поступила в редакцию 27.07.2021, одобрена после рецензирования 08.08.2022, принята к опубликованию 09.08.2022.