

Association of Private International
and Comparative Law Studies

NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 4

COLLECTION OF ARTICLES

Academic Editors:

A.V. Asoskov, A.I. Muranov, R.M. Khodykin



Moscow • 2018

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2
N 69

N 69 **New Horizons of International Arbitration. Issue 4: Collection of Articles** / Academic Editors: A.V. Asoskov, A.I. Muranov, R.M. Khodykin; Association of Private International and Comparative Law Studies. – Moscow: Association of Private International and Comparative Law Studies, 2018. – 356 p.

ISBN 978-5-903604-05-0 (hardcover)

This edition of «New Horizons of International Arbitration» collects the articles of the speakers at the «Russian Arbitration Day – 2018» conference held in Moscow on 30 March 2018, one of the most successful arbitration events in Russia (www.arbitrationday.ru).

This is the fourth collection of articles for that conference. The first three RADs were held in 2013, 2014 and 2015. The first three collections of articles, «New Horizons of International Arbitration», were issued in the same years.

Articles in this book were selected through the strict competitive selection process by the moderators of «Russian Arbitration Day – 2018» with application of several criteria (in decreasing order of importance): novelty; depth of analysis; practical significance; and author. These diverse articles represent new approaches to development of practice of and academic studies in international commercial and investment arbitration in Russia and abroad.

This collection is intended for arbitrators and practicing lawyers, judges of the state courts, academics and other researchers, lecturers, postgraduates and students of legal universities and faculties, as well for all those who are interested in international commercial and investment arbitration.

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2

www.arbitrationday.ru
<http://rad.lfacademy.ru>

ISBN 978-5-903604-05-0

All rights reserved.

© A.V. Asoskov, A.I. Muranov, R.M. Khodykin, 2018
© Association of Private International and Comparative Law Studies, 2018

Ассоциация исследователей
международного частного и сравнительного права

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 4

СБОРНИК СТАТЕЙ

Под научной редакцией
А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина



Москва • 2018

УДК 341.63
ББК 67.412.2
Н 69

Н 69 Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 4: Сборник статей / Под науч. ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина; Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права. – М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2018. – 356 с.

ISBN 978-5-903604-05-0 (в пер.)

Настоящее издание – сборник статей лиц, выступающих на конференции «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day – 2018» (Москва, 30 марта 2018 г.), одном из самых успешных арбитражных мероприятий в России (www.arbitrationday.ru).

Это четвертый сборник статей выступающих на указанной конференции. Первые три РАД / RADs состоялись, как известно, в 2013 г., 2014 г. и в 2015 г. В эти же годы были выпущены первые три сборника «Новые горизонты международного арбитража».

Статьи в настоящий сборник были отобраны на строгой конкурсной основе модераторами «Российского арбитражного дня – 2018» при помощи следующих критериев (по степени убывания их значимости): новизна; глубина проработки заявки; практическая значимость; автор. Эти разноплановые статьи представляют новые подходы к развитию практики и науки международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом.

Книга предназначена для практикующих юристов, ученых, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также для всех интересующихся международным коммерческим и инвестиционным арбитражем.

УДК 341.63
ББК 67.412.2

www.arbitrationday.ru
<http://rad.lfacademy.ru>

ISBN 978-5-903604-05-0

Все права защищены.

© А.В. Асосков, А.И. Муранов, Р.М. Ходыкин, 2018
© Ассоциация исследователей международного частного
и сравнительного права, 2018

ФИНАНСИРОВАНИЕ АРБИТРАЖА ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ (THIRD-PARTY FUNDING): МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ И ПЕРСПЕКТИВЫ В РОССИИ

С.В. Морозов,
LL.M.¹

*Автор рассматривает относительно новый для российского и зарубежного права институт финансирования арбитража третьими лицами (далее – ФТЛ). Проанализированы различные определения такого финансирования и механизм осуществления ФТЛ; его преимущества и недостатки, в том числе связанные с доктринами *maintenance* и *champerty*; обязательства по раскрытию информации в арбитраже и возможные конфликты интересов в связи с ФТЛ; взыскание и обеспечение арбитражных расходов при стороннем финансировании, а также практика регулирования ФТЛ в отдельных зарубежных странах. Впервые в отечественной доктрине предпринята попытка комплексно осмыслить перспективы ФТЛ в России с позиций материального и процессуального права.*

Ключевые слова: финансирование третьими лицами; обязательства по раскрытию информации; конфликт интересов; обеспечение расходов.



¹ Автор благодарит А.А. Николаева и Е.Д. Репина за помощь в поиске доктринальных источников и материалов арбитражной практики. Все неточности остаются, несомненно, на совести автора.

THIRD-PARTY FUNDING OF ARBITRATION: INTERNATIONAL EXPERIENCE AND POSSIBLE USE IN RUSSIA

**SERGEY MOROZOV,
LL.M.**

The author considers the funding of arbitration by third parties (hereinafter – TPF), which is a comparatively new development in the case of both Russian and foreign law. He analyzes different definitions of such financing and the TPF mechanism; its advantages and drawbacks, inter alia, related to the champerty and maintenance doctrines; disclosure obligations in arbitration and possible conflicts of interest in connection with TPF; the recovery and security of arbitration costs in the case of TPF, and also the practice of regulating TPF in certain foreign countries. This represents the first attempt in Russian doctrine to provide comprehensive insight on TPF in Russia from the perspectives of substantive and procedural law.

Keywords: third-party funding; disclosure obligations; conflict of interest; security for costs.



1. Введение

Финансирование арбитража третьими лицами (далее – ФТЛ) является одной из наиболее острых и актуальных в настоящее время тем в международном арбитраже.

В ответ на экономические реалии, когда количество задействованных в данной отрасли игроков (финансовых и страховых компаний, хедж-фондов, стартапов в сфере ФТЛ) растет в геометрической прогрессии, а суммы финансирования исчисляются миллиардами долларов США, юристы в сфере арбитража обратили пристальное внимание на этот феномен.

Начиная приблизительно с 2012 г. данная тема прочно вошла в число обязательных секций на ведущих конференциях по арбитражу; издаются многочисленные англоязычные монографии, статьи, заметки в юридических блогах. В 2014 г. Международная ассоциация юристов (International Bar Association (IBA)) дополнила свои Руководящие принципы относительно конфликта интересов в международном арбитраже положениями, которые касаются раскрытия информации о спонсоре, чтобы избежать конфликта интересов между арбитрами и спонсором¹.

Изучение ФТЛ ведется на системном уровне: сформирована авторитетная международная Рабочая группа из ведущих специалистов в этой сфере (ICCA-QMUL Third-Party Funding Taskforce)², которая подготовила проект доклада о положении ФТЛ в современном мире международного арбитража и 1 сентября 2017 г. разместила его в открытом доступе для публичного обсуждения³.

¹ См. Общие стандарты 6(b) и 7(a) и пояснения к ним (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014). L.: IBA, 2014. P. 13–16 <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.)).

² Third-Party Funding <http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

³ Draft Report for Public Discussion of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration (1 September 2017) <http://www.arbitration-icca.org/media/10/14053115930449/submission_version_for_public_comment_finalversion.pdf> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.) (далее – Draft Report). Несмотря

Страны, которые позиционируют себя в качестве благоприятствующих арбитражу, для еще большего привлечения арбитражных споров изменяют свое законодательство и прямо разрешают и регулируют ФТЛ (Гонконг, Сингапур). Европейские страны регулируют отдельные вопросы, связанные с ФТЛ, на уровне «мягкого права» и профессиональных рекомендаций адвокатам (Англия). Примечательно, что и ведущий конкурс по международному коммерческому арбитражу имени В. Виса включил проблему ФТЛ в дело для конкурса в 2018 г.¹

В России институт ФТЛ пока не получил ни должного экономического наполнения, ни значительного внимания со стороны юридической общественности. Как таковых сильных отечественных игроков в данной сфере еще не наблюдается; среди известных автору можно отметить лишь интернет-ресурс *Platforma* И. Цветковой, частично связанный с ФТЛ², а также фонд *NLF Group* М. Карпова, ставший широко известным в связи с финансированием в России исков пользователей смартфонов к компании *Apple*³. Между тем это не исключает приход на потенциальный российский рынок ФТЛ зарубежных финансовых компаний, зачастую имеющих сеть иностранных офисов.

Наиболее серьезная из известных автору отечественных работ по ФТЛ была подготовлена А. Башковой в 2014 г. в виде статьи в журнале «Вестник международного коммерческого арбитража»⁴. Иные материалы, имеющиеся в открытом доступе, включают в себя юридические блоги и презентации юристов российских и международных юридических фирм. Комплексное исследование ФТЛ в российской юридической доктрине отсутствует. Тем не менее стоит отметить появление осторожного интереса к данной теме со стороны практикующих юристов и арбитражных центров. 24 октября 2017 г. Арбитраж-

на просьбу авторов доклада не цитировать его на проектной стадии, мы все же полагаем уместным приводить ссылки на его страницы для удобства в ориентировании по документу.

¹ Twenty-Fifth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot <<https://vismoot.pace.edu/media/site/25th-vis-moot/the-problem/25thVisMootFinal.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

² Platforma <<https://platforma-online.ru/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

³ Россияне готовят иски к Apple на десятки миллионов рублей (15 января 2018 г.) <<https://pravo.ru/news/view/147164/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

⁴ 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(8). С. 134–148.

ный центр при Институте современного арбитража провел первую дискуссию под названием «Современный арбитраж: Live», целиком посвященную проблемам ФТЛ¹.

По мнению автора, волна интереса к ФТЛ, захлестнувшая переводной арбитражный мир, постепенно докатилась и до России. Представляется, что в ближайшее время все больше российских юристов и, соответственно, их клиентов – представителей бизнеса – откроют для себя этот новый для России способ управления рисками, связанными с разрешением споров. Стоит ожидать запроса со стороны бизнеса на объяснение феномена ФТЛ с юридической точки зрения, встраивание его в действующую систему регулирования материально-правовых и процессуальных отношений и придание ему упорядоченности со стороны регулирующих органов.

2. Определение ФТЛ

ФТЛ может быть определено как оказание лицом (далее – спонсор), которое не является участником арбитражного разбирательства и не имеет материально-правового интереса в предмете спора, финансовой поддержки участнику спора на основании соглашения с ним в обмен на получение вознаграждения (возмещения) в зависимости от результатов рассмотрения спора (как правило, в виде части взысканной суммы)².

Само понятие ФТЛ является дискуссионным: отдельные авторы предлагают рассматривать его в широком смысле, включая все возможные способы финансирования при разрешении споров (в том числе «гонорары успеха», страхование на случай несения издержек на юридическое консультирование (before-the-event and after-the-event insurance), заем, кредит, факторинг, уступку прав требования, бесплатную правовую помощь, финансирование со стороны материнской компании и др.³), либо только в узком смысле, в качестве финансирования судебных и арбитражных процессов (включая коллективные иски, споры

¹ Modern Arbitration: LIVE. Discussing Arbitration in Comparative Perspective. Third-Party Funding <<https://www.youtube.com/watch?v=aWmCcG0xGMw>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

² См. также: Draft Report. P. 39; *Goeler J. von*. Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (= International Arbitration Law Library. Vol. 35). – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016. P. 2.

³ *Goeler J. von*. Op. cit. P. 2.

о защите прав потребителей, споры из причинения вреда, семейные споры)¹. По мнению автора, предпочтительным является определение ФТЛ в узком смысле (которое иногда именуется «litigation funding»)². В настоящей статье будет рассмотрено ФТЛ в отношении именно международного арбитража.

Как правило, преимущественно финансируются расходы истцов, однако встречаются дела, когда спонсоры финансируют ответчиков³.

С экономической точки зрения ФТЛ представляет собой перераспределение рисков, связанных с инициированием и участием в судебном (арбитражном) процессе: в случае победы взысканная сумма разделяется между финансируемым лицом и спонсором согласно условиям соглашения о ФТЛ, а в случае проигрыша финансируемое лицо, как правило, не возмещает спонсору проинвестированную сумму. При этом интерес к такому механизму финансирования выражают не только лица, у которых недостаточно средств для оплаты юридических услуг и иных расходов в арбитраже, но и вполне платежеспособные и сильные в экономическом плане компании, которые используют ФТЛ для распределения рисков и поддержания ликвидности⁴.

При ФТЛ спонсор предварительно оценивает обстоятельства дела и обоснованность требований финансируемого лица. Во многом характер такой проверки напоминает действия юриста, работающего без предоплаты исключительно на основании «гонорара успеха»⁵. Во внимание принимаются следующие правовые, экономические, финансовые и иные факторы для предоставления финансирования: 1) достаточная сумма иска; 2) умеренные расходы по предоставлению финансирования; 3) крайне высокие шансы на победу; 4) платежеспособный ответчик; 5) неплатежеспособный истец или истец, желающий разделить со спонсором риски по финансированию судебного процесса; 6) природа материально-правового требования; 7) потенциальная продолжительность разбирательства; 8) обоснованность иска с материально-правовой точки зрения; 9) подоплека спора, мотивы истца, разумность его действий с коммерческой точки

¹ См. подробнее: *Goeler J. von. Op. cit. P. 2, 150.*

² *Ibid. P. 2.*

³ *Ibid. P. 74.*

⁴ *Draft Report. P. 142.*

⁵ *Goeler J. von. Op. cit. P. 13, 16.*

зрения (например, отсутствие мотивов мести ответчику без оглядки на экономические реалии спора); 10) скорость исполнения решения, возможности для оспаривания; 11) юридическая команда, состав арбитров; 12) возможные отказы других спонсоров¹. В ходе финансирования также осуществляется активный мониторинг дела и контроль за принятием ключевых процессуальных решений (к примеру, о составе или даже замене привлеченной юридической команды, о выборе арбитра (в случае если спонсор привлечен до его назначения), о стратегических вопросах ведения дела, расходовании бюджета на отдельные процессуальные действия, урегулировании спора и отзыве иска, прекращении финансирования), а также контроль в отношении иных вопросов, предусмотренных в соглашении о ФТЛ².

На практике встречаются следующие экономические показатели ФТЛ: средние цены исков — от 1 до 25 млн долл. США (при этом иски с неимущественными требованиями, как правило, не финансируются)³; доходность при ФТЛ составляет 50–70 %, при этом есть примеры доходности в 300 %⁴; прогноз позитивного исхода дела должен составлять 60–70 %⁵; лишь 5–10 % дел от общего количества заявок спонсоры принимают в работу⁶.

Взаимоотношения спонсора и финансируемого лица строятся, как правило, по следующей модели: спонсор и финансируемое лицо утверждают бюджет по делу, на основании которого производятся основные ежемесячные выплаты юридическим представителям. Проекты счетов на оказание юридических услуг подлежат согласованию со спонсором, однако обязанным перед юридической фирмой остается финансируемое лицо, и спонсор осуществляет оплату таких счетов от имени последнего. Спонсор имеет право на часть

¹ *Goeler J. von*. Op. cit. P. 14–22.

² *Ibid.* P. 26–27, 35, 41–42.

³ *Ibid.* P. 19. Также приводится порог в 5 млн ф. ст.: *Чумак Н., Стоппс Н.* Финансирование судебных споров: опыт Великобритании (5 июля 2017 г.) <<http://legalinsight.ru/finansirovanie-sudebnyh-sporov-opyt-velikobritanii/>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

⁴ См.: *Essar Oilfield Services Ltd. v. Norscot Rig Management Pvt Ltd.*, [2016] EWHC 2361 (Comm.) (приводится по: Draft Report. P. 126).

⁵ *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Third-Party Funding in International Arbitration. 2nd ed. — Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017. P. 105, 110.

⁶ *Goeler J. von*. Op. cit. P. 25.

взысканной суммы в соответствии с соглашением о ФТЛ в зависимости от успешности дела (обычно 20–40 % либо трехкратная сумма первоначальных инвестиций в зависимости от того, что окажется выше)¹.

Примечательно, что немецкие спонсоры заключают негласное соглашение об уступке прав требования от финансируемого лица в пользу спонсора, что выступает обеспечением возможных требований спонсора к финансируемому лицу; спонсор при этом получает статус «процессуального истца», уполномоченного на защиту нарушенного права финансируемого лица в судебном порядке и взыскание денежных средств с ответчика, при условии что они поступают на специальный счет юридического представителя для последующего распределения между финансируемым лицом, спонсором и, возможно, самим представителем. В Англии такая цессия может привести к лишению соглашения о ФТЛ исковой защиты в связи с нормами о *champerty* (см. подробнее п. 3.1 ниже), поэтому интерес спонсора распространяется лишь на вырученную сумму, которая также должна поступать на специальный счет².

3. Преимущества и недостатки ФТЛ

Основным преимуществом ФТЛ называют доступ к правосудию лиц, не обладающих достаточными средствами для оплаты юридических услуг и иных статей расходов в дорогостоящем арбитраже³. Как отмечал И. Бентам, *«достаток имеет монополию на правосудие, в отличие от бедности»*⁴.

Иным положительным последствием ФТЛ является распределение рисков, связанных с участием в арбитражном разбирательстве, между финансируемым лицом и спонсором согласно их экономическим интересам. Финансируемое лицо получает возможность защитить свое нарушенное право в судебном порядке, при этом не снижая уровень ликвидности⁵.

¹ Goeler J. von. P. 29–30, 42–43.

² Ibid. P. 31–32, 45–46.

³ Ibid. P. 1; Draft Report. P. 124; Nieuwveld L.B., Sahani V.S. Op. cit. P. 106.

⁴ Цит. по: Goeler J. von. Op. cit. P. xxiv, 83.

⁵ Ibid. P. 83; Draft Report. P. 142.

Одним из главных недостатков ФТЛ и вызываемой им угрозой называют стимулирование подачи необоснованных исков¹. Стимулирование, по-видимому, заключается в том, что без дополнительного финансового «плеча» истец не стал бы обращаться с необоснованным иском. Спонсор может настаивать на агрессивной тактике, имеющей своей целью склонить ответчика к мирному урегулированию необоснованного иска². Либо спонсор может включить в свое портфолио инвестиций параллельно с исками, имеющими высокие шансы на успех, финансирование «слабого» и высокорискового иска, который, однако, в случае выигрыша принесет значительно большую прибыль, чем менее рискованный актив³. Особенно остро этот вопрос встает в инвестиционном арбитраже, когда государства могут быть втянуты в арбитражные разбирательства для удовлетворения каких-либо скрытых интересов истцов или спонсоров.

Теоретически щедро проспонсированный и заведомо проигрышный иск может тем не менее обернуться для истца и спонсора победой, если они будут всеми способами затягивать арбитражное разбирательство и вынудят «обескровленного» ответчика сдаться и отказаться от перспективного вливания денежных ресурсов⁴.

Между тем при ближайшем рассмотрении эти аргументы кажутся малоубедительными. Учитывая жесткий отбор и критерии, применяемые спонсорами для выбора финансируемого иска, представляется неправдоподобным, чтобы ФТЛ вызывал к жизни значительное число необоснованных исков, заметное на общем фоне.

3.1. Доктрины *maintenance* и *champerty*

Вопрос о допустимости ФТЛ и его возможном негативном влиянии на подачу необоснованных исков тесно связан с доктриной *maintenance* и *champerty* в странах общего права.

¹ *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Litigation Funding: Status and Issues (Oxford Legal Research Paper No. 49 (July 2012)) <https://papers.ssrn.com/abstract_id=2126506> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.). P. 13; *Nieuwveld L.B.* Third Party Funding – Maintenance and Champerty – Where is it Thriving? (7 November 2011) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/07/third-party-funding-maintenance-and-champerty-where-is-it-thriving/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Баикова А.А.* Указ. соч. С. 138.

² *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 13.

³ *Goeler J. von.* Op. cit. P. 22.

⁴ *Карабельников Б.Р.* Международный коммерческий арбитраж: Учебник. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 168.

Истоки ФТЛ следует искать в Австралии и затем в Соединенном Королевстве, несмотря на то что оба государства сохранили принципы *maintenance* и *champerty*¹. *Maintenance* определяется как финансирование обладателя материально-правового требования для его защиты в судебном порядке, когда у спонсора отсутствуют какая-либо связь или действительный интерес в самом праве требования. *Champerty* добавляет к этому определению также то, что спонсор имеет прямой финансовый интерес в последствиях рассмотрения иска и получает в зависимости от этого долю в выигрыше². *Barratry* включает в себя ситуации, когда спонсор постоянно подстрекает к подаче исков и «раздувает ссоры»³.

Объявление *maintenance* и *champerty* «аморальными» и противоречащими публичному порядку восходит к работе И. Бентама 1787 г. «Защита лихвы», в которой он так описывал их появление: «Зло... заключается в том, что человек купит слабый иск в надежде, что власть может превратить его в более сильный и что меч барона, гордо вступающего в суд с кипой таких соглашений, может посеять ужас в глазах судьбы»⁴. В целом запрет *maintenance* и *champerty* был направлен на сохранение чистоты судебного процесса и предотвращение спекуляции на нем со стороны не заинтересованных в отправлении правосудия лиц, чьи действия приравнивались к процессуальному злоупотреблению⁵. Помимо этого, запрет был обусловлен тем, что стороннее финансирование могло повлечь дачу ложных свидетельских показаний,

¹ *Nieuwveld L.B.* Third Party Funding – Maintenance and Champerty – Where is it Thriving? (7 November 2011).

² Chitty on Contracts. 28th ed. / H.G. Beale (ed.). Vol. 1: General Principles. L.: Sweet & Maxwell, 1999. Para. 17-050; см. также: *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 12 ff.; *Nieuwveld L.B.* Third Party Funding – Maintenance and Champerty – Where is it Thriving? (7 November 2011); *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 111.

³ *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 13.

⁴ «*A mischief... was, that a man would buy a weak claim, in hopes that power might convert it into a strong one, and that the sword of a baron, stalking into court with a rabble of retainers at his heels, might strike terror into the eyes of a judge upon the bench*» (*Bentham J.* Defence of Usury // *Jeremy Bentham's Economic Writings* / W. Stark (ed.). Vol. I. L.; NY: Routledge, 2003. P. 165).

⁵ *Radin M.* Maintenance by Champerty // *California Law Review*. 1935. Vol. 24. No. 1. P. 48–78; *Bodkin E.H.* The Law of Maintenance and Champerty. – L.: Stevens & Sons, 1935; *Dennis A.H.* The Law of Maintenance and Champerty // *Law Quarterly Review*. 1890. Vol. 6. P. 169–188; *Winfield P.H.* The History of Maintenance and Champerty // *Law Quarterly Review*. 1919. Vol. 35. P. 50–72 (приводится по: *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 12 (fn. 11)).

особенно в состязательном процессе¹. Впоследствии в Англии в 1967 г. и уголовные преступления, и деликты *maintenance* и *champerty* были упразднены², однако «сутяжнические» соглашения о внешнем финансировании могли быть признаны лишёнными правовой защиты по причине их противоречия публичному порядку³. Таким образом, в настоящее время в английской судебной практике вопрос о сохранении доктрин *maintenance* и *champerty* лежит в плоскости признания исполнимости соглашений о ФТЛ.

Современное состояние доктрин *maintenance* и *champerty* было описано судьей Колсоном (Coulson J) в решении по делу *London & Regional (St. George's Court) Ltd. v. Ministry of Defence & Anor.*⁴: тот факт, что услуги по ведению судебного процесса были оказаны в обмен на обещание части взысканной суммы, сам по себе не означает, что это обещание должно быть неисполнимым; в пользу признания соглашения незаконным на основе *maintenance* и *champerty* может свидетельствовать тенденция развратить правосудие; современная практика демонстрирует более гибкий подход, и такие соглашения не признаются неисполнимыми⁵.

Между тем Верховный суд Ирландии недавно принял решение, согласно которому ФТЛ было признано недопустимым со ссылкой на доктрины *maintenance* и *champerty*⁶. В Ирландии эти институты относятся к деликтам и правонарушениям согласно положению Закона 1634 г. (Maintenance and Embracery Act 1634), которое осталось в силе, несмотря на законодательную реформу 2007 г. Само соглашение о ФТЛ было признано ничтожным, как противоречащее закону, а «сутяжничество» проявилось в том, что у спонсора отсутствовал какой-либо добросовестный (*bona fide*) интерес в финансируемом деле.

¹ *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 12.

² *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 112.

³ *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 13.

⁴ [2008] EWHC 526 (TCC), para. 103 (со ссылкой на: *Mansell v. Robinson*, [2007] EWHC 101 (QB) (Underhill J)) <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionRep/London%20v%20MOD%202008.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

⁵ См. подробнее: *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 13.

⁶ *Persona Digital Telephony Ltd. & Anor. v. The Minister for Public Enterprise & Ors.*, [2017] IESC 27; см. подробнее: Third Party Funding in Ireland: Persona non grata? (May 2017) <<https://shepwedd.com/sites/default/files/Third%20Party%20Funding%20in%20Ireland%20persona%20non%20grata.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.). Автор выражает признательность Р. Ходыкину за ценное указание на этот судебный акт.

В качестве одного из недостатков ФТЛ также называют возможное противодействие спонсора мирному разрешению споров, когда он может сорвать заключение мирового соглашения между финансируемым лицом и оппонентом последнего, если это противоречит интересам спонсора¹. Представляется допустимой и обратная ситуация, когда спонсор может подталкивать финансируемое лицо к заключению мирового соглашения, которое выгодно для спонсора, но невыгодно для финансируемого лица.

Следующий недостаток ФТЛ заключается в том, что спонсор может чрезмерно контролировать действия финансируемого лица в ходе арбитража, включая вопросы о выборе (смене) команды юристов (при наличии сомнений в их профессионализме; здесь, однако, уместна дискуссия о том, обоснованно ли это, ведь именно они обеспечивают возврат вложенных спонсором инвестиций), а также кандидатуры арбитра². Пределы контроля со стороны спонсора возможно урегулировать в соглашении о ФТЛ.

В качестве недостатка ФТЛ также называют возможное предубеждение (bias) арбитров, поскольку привлечение сильного спонсора, который предварительно оценил исковое требование, его обоснованность и признал его достаточно перспективным, способно оказать влияние на арбитров и заставить их (иногда неосознанно) быть более предрасположенными к удовлетворению требований финансируемой стороны³.

4. Отдельные процессуальные проблемы при ФТЛ

4.1. Раскрытие информации о ФТЛ и спонсоре

Деньги любят тишину.
Д. Рокфеллер

Вопрос о раскрытии информации о ФТЛ является центральным в этой сфере деятельности⁴. Пристальное внимание и дебаты вокруг

¹ *Goeler J. von.* Op. cit. P. 95; *Баикова А.А.* Указ. соч. С. 137.

² *Goeler J. von.* Op. cit. P. 27, 126; Draft Report. P. 24; *Баикова А.А.* Указ. соч. С. 139, 142.

³ *Goeler J. von.* Op. cit. P. 24, 126, 159.

⁴ *Scherer M., Goldsmith A., Fléchet C.* Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives // *Revue de droit des affaires internationales / In-*

вопроса о раскрытии информации о ФТЛ, о личности спонсора и об условиях финансирования вызваны тем влиянием, которое оказывает ФТЛ на арбитраж, и связанными с этим процессуальными рисками. Естественно, что, к примеру, простое получение участником арбитража кредита в банке для оплаты арбитражных сборов и расходов на юристов не вызовет таких споров в отношении раскрытия, которые возникают вокруг ФТЛ. Подлежит ли ФТЛ раскрытию в арбитраже? Или, как отмечает Й. фон Гёлер, привлечение ФТЛ — это такое же не подлежащее раскрытию сугубо частное коммерческое решение участника спора, как и обращение к страховщику, банку, юристу, работающему по «гонорару успеха», или к состоятельной бабушке руководителя компании?¹

Попутно Й. фон Гёлер ссылается на аналогичное отсутствие необходимости раскрывать структуру корпоративного управления участника спора. Стоит отметить, что эта ссылка является не вполне обоснованной, поскольку некоторые юрисдикции видят определенный интерес в том, чтобы узнать, какое лицо в действительности стоит за иском. К примеру, каждый документ, подаваемый в Верховный суд США, должен содержать уведомление о раскрытии корпоративной структуры. Это означает, что должны быть указаны материнские компании и любые публичные компании, имеющие 10 % и более в уставном капитале лица, которое обращается в Верховный суд США².

Отправной точкой в этом наиболее спорном моменте ФТЛ является достижение договоренности о применимых дефинициях. Без определения того, чем же является ФТЛ, и ограничения относимой информации, которая может подлежать раскрытию, наложение на сто-

ternational Business Law Journal. 2012. N° 2. P. 217 <<https://ssrn.com/abstract=2348737>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

¹ *Goeler J. von*. Op. cit. P. 138, 152. См. схожую позицию, на которую ссылается Й. фон Гёлер: *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 93.

² Rules of the Supreme Court of the United States. Rule 29(6). Filing and Service of Documents; Special Notifications; Corporate Disclosure Statement <https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_29> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.). Й. фон Гёлер далее приводит это правило, однако со ссылкой на К. Богарта толкует его в пользу своего аргумента об отсутствии необходимости в раскрытии ФТЛ, поскольку и Правила Верховного суда США не требуют раскрывать профессиональных спонсоров, привлеченные банки и страховые компании (см.: *Bogart Chr.* 4. Overview of Arbitration Finance // Third-Party Funding in International Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 10) / В.М. Cremades, А. Dimolitsa (eds.) (ICC Publication No. 752E). — P.: ICC Pub., 2013. P. 53 (приводится по: *Goeler J. von*. Op. cit. P. 153)).

рону спора обязанности раскрывать всю информацию, связанную с ФТЛ, будет чрезмерным и трудно реализуемым. Любое раскрытие информации может быть оспорено в последующем другой стороной как неполное именно по причине того, что стороны придавали разное значение этому термину¹.

Споры вокруг раскрытия ФТЛ находятся в общем русле дискуссии о повышении прозрачности международного арбитража в целях обеспечения предсказуемости при использовании этого способа разрешения споров и предотвращения возможных злоупотреблений (к примеру, «отмывания» доходов, полученных преступным путем)².

Для чего может понадобиться раскрывать информацию о ФТЛ? Основные причины следующие:

1) проверка конфликта интересов: без информированности о том, что в деле участвует спонсор, арбитры не смогут проверить наличие конфликта интересов и при необходимости отказаться от принятия полномочий или раскрыть необходимую информацию;

2) возражения против заявления ответчика об обеспечении расходов (security for costs): предоставив информацию о привлечении спонсора, истец может обосновать свое финансовое положение;

3) возмещение расходов, понесенных в связи с арбитражным разбирательством (в том числе дополнительной суммы, подлежащей уплате спонсору в случае выигрыша истца): без предоставления информации о привлечении спонсора и условиях его вознаграждения третейский суд, вероятнее всего, откажет во взыскании такой дополнительной суммы в связи с недоказанностью несения расходов³;

4) повышение прозрачности и точная идентификация участника спора («to identify the true party of the case»)⁴.

¹ См.: *Goeler J. von*. Op. cit. P. 151.

² Ibid. P. 141; *Rogers C.A.* Transparency in International Commercial Arbitration // *Kansas Law Review*. 2006. Vol. 54. P. 1301–1337 <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac_works> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

³ См.: *Goeler J. von*. Op. cit. P. 160.

⁴ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII(2) of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty (13 February 2015), ¶ 50 (цитата из: Procedural Order No. 2 (23 June 2014), ¶ 10(b)) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4163.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: Draft Report. P. 84.

В случае принятия положительного решения о раскрытии информации о ФТЛ неизбежно возникают следующие вопросы¹:

- 1) какие виды ФТЛ подлежат раскрытию;
- 2) кто должен быть инициатором раскрытия информации (спонсор, финансируемое лицо, третейский суд, юридический представитель стороны);
- 3) в какой момент времени информация должна быть раскрыта (при первой возможности, при возникновении потребности в раскрытии);
- 4) в каком объеме информация должна быть раскрыта (факт ФТЛ, личность спонсора, условия финансирования, частичный либо полный текст соглашения о ФТЛ);
- 5) каким образом информация должна быть раскрыта (одновременно лицам, участвующим в деле, и третейскому суду; либо вначале третейскому суду, который затем принимает решение о пределах раскрытия информации другим лицам);
- 6) какие санкции и меры принуждения могут быть наложены на нарушителя?

Между тем отмечается, что раскрытие информации о ФТЛ (даже в том случае, если ФТЛ никак не влияет на процессуальные аспекты арбитража) зачастую может повлечь за собой подачу необоснованных отводов арбитрам и заявлений об обеспечении расходов (*security for costs*) для взвинчивания расходов на арбитражное разбирательство и сведения на нет целесообразности привлечения спонсора², а также в целом для затягивания арбитража³. Кроме того, это может вызвать подачу произвольных запросов о предоставлении все большего объема информации о ФТЛ, надуманные аргументы о взаимосвязи ФТЛ и будто бы слабой позиции истца по делу, а также неожиданные встречные иски для «стравливания» спонсора и финансируемого лица (якобы это может навести спонсора на мысль, что финансируемое лицо раскрыло не все обстоятельства дела и умолчало о рисках, свя-

¹ См. также: *Goeler J. von. Op. cit. P. 150*; *Scherer M. Third-Party Funding in International Arbitration: Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements? // Third-Party Funding in International Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 10) / B.M. Cremades, A. Dimolitsa (eds.) (ICC Publication No. 752E). P. 96*; *Goldstein M.J. Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? – Thoughts about a Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration // Transnational Dispute Management. 2011. Vol. 8. Issue 4. P. 24* (приводится по: *Goeler J. von. Op. cit. P. 150 (fn. 153)*).

² Draft Report. P. 69.

³ Ibid. P. 77.

занных со встречными исками, для получения более выгодных условий финансирования)¹.

Наиболее ярким противником раскрытия любой информации о ФТЛ является Й. фон Гёлер. Основные идеи гл. 4, посвященной раскрытию информации о ФТЛ, в его фундаментальном труде «Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure» могут быть сведены к следующему:

1) само по себе ФТЛ не влечет возникновения обязанности задействованных лиц раскрывать информацию. В том случае, если ФТЛ может повлиять на арбитраж с процессуальной точки зрения, вопрос о раскрытии может быть адекватно разрешен с учетом уже установленных механизмов по раскрытию конфликтов интересов, информации о расходах, понесенных в связи с арбитражным разбирательством, и т.д.²;

2) действующие арбитражные правила и законодательство отдельных стран не предусматривают обязанности лиц, получающих ФТЛ, раскрывать информацию об этом³;

3) возможные злоупотребления, связанные с сокрытием информации о ФТЛ, нивелируются экономической заинтересованностью спонсоров и финансируемых лиц в скорейшем вынесении законного и обоснованного решения и его исполнении для возврата инвестиций. По мнению Й. фон Гёлера, при наличии необходимости спонсор будет первым заинтересован в раскрытии информации, к примеру, о конфликте интересов, поскольку в противном случае он сознательно идет на риск получения арбитражного решения, подлежащего отмене при вскрытии факта ФТЛ⁴.

Однако господствующей в настоящее время является точка зрения, согласно которой ФТЛ подлежит раскрытию⁵. В исследовании *Queen Mary School of International Arbitration*, проведенном в 2015 г., приводятся следующие показатели: 76 % респондентов отметили, что раскры-

¹ *Goeler J. von.* Op. cit. P. 156, 158, 160; *Nieuwveld L.B.* NAI Jong Oranje Hosts Third-Party Funding Event (20 October 2012) <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/10/20/nai-jong-oranje-hosts-third-party-funding-event/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: *Waterhouse v. Contractors Bonding Ltd.*, HC Auckland, CIV-2010-404-3074 (13 December 2010); *Contractors Bonding Ltd. v. Waterhouse*, [2012] NZCA 399, [2012] 3 NZLR 826 (CA); *Waterhouse v. Contractors Bonding Ltd.*, [2013] NZSC 89.

² *Goeler J. von.* Op. cit. P. 126, 160.

³ Ibid. P. 126.

⁴ Ibid. P. 155.

⁵ Draft Report. P. 68.

тие информации о ФТЛ должно быть обязательным; за обязательное раскрытие личности спонсора высказались 63 % опрошенных; зато против полного раскрытия условий соглашения о ФТЛ выступили 71 % респондентов¹.

Рабочая группа *ICCA-QMUL* по ФТЛ рассматривает вопросы раскрытия информации о ФТЛ и конфликта интересов совместно. Согласно предварительным рекомендациям Рабочей группы *ICCA-QMUL* по ФТЛ, в проекте доклада предложены два варианта раскрытия: 1) финансируемое лицо обязано самостоятельно раскрыть информацию о наличии ФТЛ и личности спонсора арбитрам и арбитражному институту или назначающему органу (при наличии) либо при первом появлении в процессе или подаче первого состязательного документа, либо при первой возможности после предоставления ФТЛ или заключения соглашения о ФТЛ; 2) арбитры и арбитражные учреждения обладают полномочиями потребовать от сторон раскрыть информацию о возможном ФТЛ и личности спонсора в ходе процедуры выбора и назначения арбитров². Авторы проекта доклада подчеркивают, что для целей проверки конфликта интересов информации о наличии ФТЛ и личности спонсора должно быть достаточно и чрезмерное раскрытие может привести к излишним задержкам и значительным расходам, вызванным необоснованными отводами арбитров или безосновательными запросами финансовой информации или соглашений о ФТЛ³.

Таким образом, Рабочая группа *ICCA-QMUL* по ФТЛ отвечает на поставленные выше вопросы следующим образом.

1. Раскрытию подлежит ФТЛ (и, возможно, различные виды страхования как составная часть ФТЛ – этот вопрос еще является дискуссионным), имеющее следующие элементы: 1) финансирование со стороны 2) физического или юридического лица, которое не является участником спора, но которое 3) заключает соглашение с участником спора, его аффилированным лицом или его юридической фирмой – представителем в споре для 4) финансирования части или всех судебных расходов 5) в отношении отдельного дела или в качестве портфолио путем 6) пожертвования или гранта либо 7) в обмен на вознаграждение в зависимости от результатов рассмотрения дела.

¹ 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration / Queen Mary University of London; White & Case. P. 48 <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

² Draft Report. P. 65.

³ Ibid. P. 66.

2. Инициатором раскрытия информации должны быть финансируемая сторона либо третейский суд, арбитражное учреждение или назначающий орган.

3. Информация должна быть раскрыта либо при первой возможности, либо в ходе выбора и назначения арбитров.

4. Должна быть раскрыта информация о наличии ФТЛ и личности спонсора.

5. Информация должна быть раскрыта арбитрам, арбитражному учреждению или назначающему органу.

6. Санкции и меры принуждения за нарушение данной обязанности не предусмотрены.

Следует признать, что изложенный в проекте доклада подход представляется разумным и обоснованным. Полностью отдавать вопрос о раскрытии информации о ФТЛ на откуп самим спонсорам и (или) финансируемым сторонам, как предлагает Й. фон Гёлер, представляется слишком рискованным, поскольку вполне возможны ситуации, когда сведения о потенциальном конфликте интересов будут скрыты, несмотря на угрозу последующей отмены арбитражного решения. У третейского суда и противной стороны практически не имеется эффективных способов получить информацию о ФТЛ, кроме как от самих спонсора и финансируемого лица. В связи с таким информационным дисбалансом представляется справедливым возложить на лиц, участвующих в ФТЛ, обязанности по раскрытию соответствующей информации.

При этом третейский суд и участники разбирательства могут нивелировать возможные злоупотребления противной стороны, пытающейся воспользоваться информацией о ФТЛ для затягивания процесса, заявления необоснованных отводов арбитрам и требований о предоставлении документов, путем использования уже доступных санкций¹.

4.2. Конфликт интересов

Основополагающим принципом международного арбитража является независимость и беспристрастность арбитров². Независимость представляет собой объективный критерий, согласно которому арбитр не должен иметь каких-либо недопустимых взаимоотношений

¹ Draft Report. P. 77. С этим соглашается и Й. фон Гёлер (см.: *Goeler J. von. Op. cit.* P. 160).

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M. Redfern and Hunter on International Arbitration.* 6th ed. — Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 254; *Goeler J. von. Op. cit.* P. 251.

с участником разбирательства. Беспристрастность выступает в качестве субъективного критерия, связанного с наличием у арбитра различных предубеждений в отношении одной из сторон разбирательства или предмета спора¹. Указанное требование предназначено для того, чтобы обеспечить рассмотрение арбитрами спора по существу исключительно на основе обстоятельств дела и представленных доказательств, без влияния на вынесенное решение каких-либо иных, дополнительных факторов².

Конфликт интересов при участии в деле спонсора может заключаться, таким образом, в наличии каких-либо взаимоотношений между арбитром и спонсором, которые могут повлиять на вынесение независимого и беспристрастного решения. Типичная ситуация, рассматриваемая в связи с ФТЛ, может быть описана следующим образом.

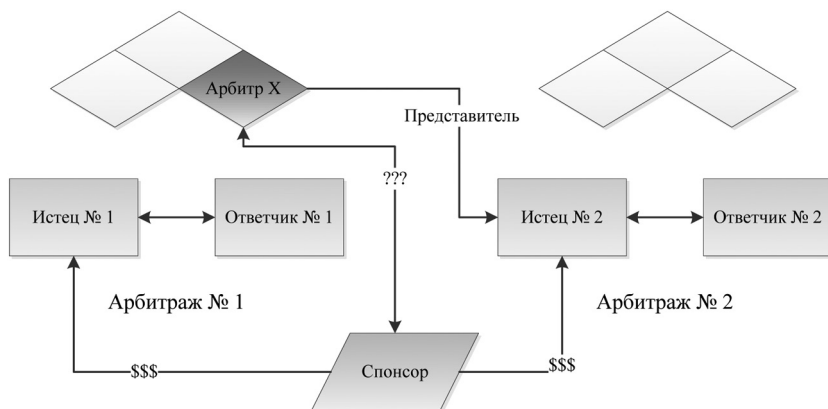
Представим два самостоятельных арбитражных дела, не связанных между собой ни по субъектному составу участвующих лиц, ни по предметам спора: Арбитраж № 1 и Арбитраж № 2. Спонсор финансирует Истца № 1 в Арбитраже № 1, где госпожа Х является назначенным Истцом № 1 арбитром. Этот же спонсор финансирует Истца № 2 в самостоятельном Арбитраже № 2, где госпожа Х выступает юридическим представителем Истца № 2³. При таких обстоятельствах возникает вопрос: влияют ли задействованность спонсора в Арбитраже № 2 и его возможные связи с представителем Истца № 2 — госпожой Х на независимость и беспристрастность госпожи Х в Арбитраже № 1 (см. схему 1)?

¹ *Goeler J. von.* Op. cit. P. 265; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 255; *Асосков А.В.* Комментарий к Правилам о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденным Торгово-промышленной палатой Российской Федерации // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1(3). С. 151; *Курочкин С.А.* Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. — М.: Статут, 2017. С. 109–111; Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах / Под общ. ред. В.В. Хвалеев; Отв. ред. А.В. Грищенко. — М.: РПА, 2017. С. 113, 365 (автор комментариев — Ю.В. Попельшева); Комментарий к Федеральному закону «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (постатейный, научно-практический) / Под ред. проф. О.Ю. Скворцова и проф. М.Ю. Савранского. — М.: Статут, 2016. С. 89–93 (автор комментария к ст. 12 — М.Э. Морозов).

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 255; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 265.

³ *Goeler J. von.* Op. cit. P. 251.

Схема 1



Чтобы ответить на этот вопрос, прежде всего необходимо определиться с критериями наличия конфликта интересов, а также с применимыми правовыми актами и нормами так называемого «мягкого права».

Несмотря на то что почти все развитые правовые порядки закрепляют общие требования к независимости и беспристрастности арбитров¹, каких-либо конкретных критериев для оценки независимости и беспристрастности в международных правовых актах и (или) в национальном законодательстве обычно нет.

Соответственно, при оценке конфликта интересов наиболее часто используются инструменты «мягкого права», которые по общему

¹ *Born G.B.* International Commercial Arbitration. 2nd ed. — Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. P. 1762 ff.; *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 151. См., например, ст. 12(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже («Отвод арбитру может быть заявлен только в том случае, если существуют обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости, либо если он не соответствует требованиям, предъявляемым в соглашении сторон»), § 10(a)(2) Федерального арбитражного акта США (Federal Arbitration Act) (решение может быть отменено, если имеются «явная предвзятость, или коррупция арбитров, или и то и другое»), ст. 24(1)(a) английского Закона об арбитраже (Arbitration Act) (арбитр может быть отведен, если «имеются обоснованные сомнения в его беспристрастности»), абзац второй ст. 1456 французского ГПК (Code de procédure civile) «Арбитр обязан раскрыть любые обстоятельства, которые могут повлиять на его независимость или беспристрастность, перед принятием полномочий» (выделено мной. — С.М.) и т.д. См. также: *Born G.B.* Op. cit. P. 1764—1772.

правилу не имеют обязательного характера, но часто применяются на практике¹. Для оценки конфликта интересов в отношении проблемы ФТЛ можно обратить внимание на следующие документы.

1. *Правила Международной ассоциации юристов об этике для международных арбитров (IBA Rules of Ethics for International Arbitrators) 1987 г.*, которые в связи с неразвитостью отношений по ФТЛ во время их принятия не содержали положений, связанных с участием спонсора, однако оперировали понятием зависимости исходя из отношений арбитра и одной из сторон или лица, тесно связанного с одной из сторон спора. Спонсор, таким образом, теоретически мог подпадать под категорию лица, тесно связанного со стороной спора.

2. *Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) 2004 г.*, которые заменили Правила 1987 г. При этом Правила 1987 г. продолжают действовать в отношении вопросов, не затронутых Руководящими принципами 2004 г.² Эти Руководящие принципы также не регулировали вопросы участия спонсоров и ФТЛ в целом.

Ключевым отличием Руководящих принципов 2004 г. было закрепление критериев оценки конфликта интересов в так называемых Красном, Оранжевом и Зеленом перечнях, предусматривающих различные последствия по раскрытию и дисквалификации арбитров³. В перечнях фигурируют, как правило, отношения арбитров со сторонами и их аффилированными лицами, которые могут дать основания для сомнений в независимости и беспристрастности арбитров. Й. фон Гёлер предлагает анализировать проблему конфликта интересов при ФТЛ исходя из Руководящих принципов 2004 г., рассматривая спонсора в качестве аффилированного со стороной лица⁴.

3. *Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) 2014 г.*, которые обновили Руководящие принципы 2004 г., особенно Общие стан-

¹ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 258; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 257; *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. P. 296.

² Параграф 8 введения к Руководящим принципам 2004 г.

³ См. подробнее: *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 257; *Waincymer J.* Op. cit. P. 295 ff.; *Асоцков А.В.* Указ. соч. С. 145 сл.

⁴ *Goeler J. von.* Op. cit. P. 265.

дарты 6 и 7 применительно к вопросам ФТЛ. В частности, Общий стандарт 6(b) при определении того, имеется ли конфликт интересов и необходимо ли раскрывать такую информацию, указывает, что *«[e]сли одной из сторон спора является юридическое лицо, то любое юридическое или физическое лицо, имеющее прямой экономический интерес в арбитражном решении или обязанность покрыть издержки стороны, связанные с арбитражным решением, может быть рассмотрено как идентичное такой стороне спора»*.

В пояснении к Общему стандарту 6(b) закреплено, что каждая такая ситуация должна быть рассмотрена индивидуально. Руководящие принципы 2014 г. также отличаются от версии 2004 г. тем, что Общий стандарт 6(b) вводит дискреционный элемент *«может быть рассмотрено»* (*«may be considered»*), а аналогичное положение 2004 г. (применительно к контролирующим лицам) закрепляло более императивную форму *«должно быть рассмотрено»* (*«shall be considered»*)¹.

В качестве лиц, которые могут иметь прямой экономический интерес в арбитражном решении и, следовательно, рассматриваться в качестве стороны спора, указаны спонсоры (third-party funders) и страховщики (insurers). Для целей Общего стандарта 6(b) термины «спонсор» и «страховщик» определяются в пояснениях к данному стандарту через следующие элементы: 1) юридическое или физическое лицо, 2) которое осуществляет финансирование или иную материальную поддержку (*«contributing funds, or other material support»*) 3) для преследования в судебном порядке или защиты по делу (*«to the prosecution or defence of the case»*) и 4) которое имеет прямой экономический интерес в арбитражном решении или обязанность покрыть издержки стороны, связанные с арбитражным решением.

Соответственно, используемый в Руководящих принципах 2014 г. прием регулирования заключается в том, что если в Красном, Оранжевом и Зеленем перечнях упоминается сторона спора, то в качестве таковой можно рассматривать и спонсора².

Й. фон Гёлер отмечает, что определение спонсора, содержащееся в пояснении к Общему стандарту 6(b), уже самого Общего стандарта 6(b), поскольку включает дополнительное требование по предоставлению финансирования для возбуждения дела или защиты по нему³.

¹ Goeler J. von. Op. cit. P. 262.

² Ibid. P. 260.

³ Ibid. P. 261.

Руководящие принципы 2014 г. не разъясняют, что понимается под прямым экономическим интересом, вследствие чего некоторые исследователи отмечают излишнюю широту и неясность данного понятия¹. Й. фон Гёлер полагает, что интерес спонсора при ФТЛ удовлетворяет этому критерию², однако неясно, будет ли ему соответствовать участие так называемых «стратегических инвесторов», которые экономически прямо не заинтересованы в решении, однако могут иметь определенные интересы в споре (не исключая косвенно и экономические)³.

Указание на заинтересованность именно в арбитражном решении потенциально может исключать мирное урегулирование спора (мировое соглашение), однако можно предположить, что воля разработчиков не была направлена на такое ограничение: сложно представить себе ситуацию, когда ФТЛ осуществляется после либо непосредственно до заключения мирового соглашения, а в ходе рассмотрения спора у спонсора имеется интерес именно в получении решения и возврате инвестиций, даже если в ходе разбирательства стороны мирно урегулировали спор. Кроме того, мировое соглашение может быть оформлено в качестве арбитражного решения на согласованных условиях⁴, и в таком случае соблюдается критерий, указанный в пояснении к Общему стандарту 6(b) Руководящих принципов 2014 г.

Покрытие издержек сторон, связанных с арбитражным решением, в указанном определении, наиболее вероятно, относится к страхованию⁵.

¹ Draft Report. P. 72.

² *Goeler J. von. Op. cit.* P. 261.

³ *Ibidem.* См. возможные примеры таких ситуаций: *Quasar de Valores SICAV S.A. & Ors. v. The Russian Federation*, SCC Case No. 24/2007, Award (20 July 2012) (*Group Menatep Limited*, бывший основной акционер ЮКОСа, осуществлял финансирование в целях создания благоприятного прецедента для трех «основных» споров с Россией по Договору к Энергетической Хартии); *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland) & Ors. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (фонд *Bloomberg* финансировал Уругвай в рамках программы «Кампания за детей, защищенных от влияния табака»); см. также: Draft Report. P. 72 ff.

⁴ См. подробнее: *Kryvoi Y., Davydenko D. Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement // Brooklyn Journal of International Law. 2015. Vol. 40. No. 3. P. 828–868* <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1108&context=bjil>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Давыденко Д.Л. Международная принудительная исполнимость мировых соглашений в форме арбитражных решений на согласованных условиях // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 3: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходькина. – М.: ООО «Цифра закона» (www.naukaprava.ru), 2015. С. 38–48.*

⁵ *Goeler J. von. Op. cit.* P. 262.

Общий стандарт 7 Руководящих принципов 2014 г. также закрепляет обязанность стороны разбирательства раскрыть информацию, помимо прочего, о любых прямых или косвенных отношениях между арбитром и любым физическим или юридическим лицом, которое имеет 1) прямой экономический интерес в арбитражном решении или 2) обязанность покрыть издержки стороны, связанные с арбитражным решением. Сторона обязана сделать это по своей инициативе при первой возможности. Для выполнения данной обязанности сторона должна провести разумный поиск и предоставить любую релевантную информацию, которая ей доступна. Арбитр также обязан провести разумный поиск информации для обнаружения любого конфликта интересов, а также любых фактов или обстоятельств, которые могут дать разумные основания для сомнений в его независимости или беспристрастности. Отсутствие знания о конфликте интересов не оправдывает неисполнение обязанности по раскрытию, если арбитр не провел такой разумный поиск информации.

Среди критериев, дополнительно используемых в практике международного арбитража, можно отметить количественную (существенность) и качественную оценку (близость, интенсивность, зависимость) конфликта интересов¹.

Таким образом, ФТЛ может создать ситуацию конфликта интересов, который: 1) должен быть раскрыт; 2) может привести к отводу арбитра; 3) может привести к отмене / отказу в признании и приведении в исполнение уже вынесенного арбитражного решения (на том основании, что формирование третейского суда не соответствовало соглашению сторон и применимому праву)².

Вернемся к описанному выше примеру о финансировании спонсором Истца № 1 в Арбитраже № 1 и Истца № 2 в Арбитраже № 2, где арбитр X в Арбитраже № 1 выступает представителем Истца № 2 в Арбитраже № 2. Наиболее близкий критерий оценки конфликта интересов содержится в п. 2.3.6 Красного перечня, отказ от применения которого допускается (Waivable Red List): юридическая фирма арбитра имеет в настоящее время существенные коммерческие связи с одной из сторон или аффилированным лицом одной из сторон. Следова-

¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & Anor. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal (12 May 2008); *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 269; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 266.

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 258 ff.; *Waincymer J.* Op. cit. P. 290 ff.; *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 143 сл.

тельно, связи арбитра X как представителя Истца № 2 со спонсором в Арбитраже № 2 будут приравниваться к наличию связей арбитра X с Истцом № 1, поскольку спонсор может рассматриваться в качестве лица, идентичного Истцу № 1, согласно Общему стандарту 6(b) Руководящих принципов 2014 г. Ключевой вопрос в этой связи – являются ли связи арбитра X со спонсором в Арбитраже № 2 существенными с коммерческой точки зрения. В качестве примерных критериев существенности могут выступать доля выручки юридической фирмы арбитра X от представления Истца № 2¹. Следовательно, Истец № 1 будет обязан раскрыть привлечение спонсора; без согласия Ответчика № 1 арбитра X не сможет участвовать в Арбитраже № 1. Нарушение этих правил может повлечь отмену / отказ в признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

Иные потенциальные примеры, когда участие спонсора может привести к конфликту интересов: 1) арбитры или их юридические фирмы могут представлять интересы спонсоров по соглашениям о ФТЛ или осуществлять предварительную оценку дела; 2) арбитры могут обладать долями участия (акциями, долговыми инструментами) спонсора либо входить в органы управления (наблюдательные советы) спонсора; 3) бывшие коллеги, представители по одному делу, близкие друзья арбитров могут занимать те или иные должности в организации-спонсоре; 4) арбитры могли высказывать свою позицию по поводу ФТЛ, осуществляемого определенными спонсорами, в том числе на конференциях и в печати².

Еще одним интересным аспектом данной проблемы является вопрос о том, может ли позитивное или негативное отношение арбитра к ФТЛ быть основанием для конфликта интересов. Рабочая группа *ICCA-QMUL* по ФТЛ ссылается на дело Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)), в котором финансируемая сторона заявила отвод арбитру в связи с явно негативным отношением последнего к ФТЛ, выраженным при этом в крайне резкой форме. Отвод был отклонен со ссылкой на недоказанность нарушения объективного стандарта беспристрастности³.

¹ *Goeler J. von.* Op. cit. P. 267.

² *Ibid.* P. 264.

³ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs with Assenting and Dissenting Reasons, Assenting Reasons of Gavan Griffith (12 August 2014) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/>

В завершение следует добавить, что модели раскрытия информации о ФТЛ могут варьироваться. Й. фон Гёлер приводит следующие альтернативы: 1) обязательное раскрытие: а) стороны напрямую предоставляют информацию арбитрам; б) арбитры сами раскрывают спонсоров, с которыми у них есть отношения; в) участие третьего независимого лица, которому стороны и арбитры направляют списки лиц, которые, возможно, участвуют в конфликте интересов; 2) раскрытие только при наличии оснований, перечисленных в Красных или Оранжевом перечнях согласно Руководящим принципам 2014 г., т.е. предоставление сторонам дискреции в этом вопросе; 3) запрет арбитрам при раскрытии информации учитывать ФТЛ при решении любых вопросов, не связанных с конфликтом интересов¹.

Таким образом, участие спонсора в деле может привести к конфликту интересов, и соответствующие факты должны быть раскрыты стороной для проведения арбитром разумного поиска информации в целях его предотвращения.

4.3. Взыскание арбитражных расходов

Основные вопросы, которые возникают при взыскании арбитражных расходов при ФТЛ, следующие: 1) может ли выигравшая финансируемая сторона в принципе взыскать какие-либо расходы, если они были профинансированы спонсором; при положительном ответе на первый вопрос, 2) какие именно расходы могут быть взысканы; 3) если финансируемое лицо проиграло, могут ли расходы противной стороны быть взысканы непосредственно со спонсора?²

Рекомендации Рабочей группы *ICCA-QMUL* по ФТЛ заключаются в следующем:

1) участие спонсора в принципе не должно исключать взыскание расходов в пользу финансируемой стороны;

2) если взысканию подлежат только понесенные расходы, обязательство финансируемой стороны перед спонсором в случае победы означает, что расходы были понесены;

case-documents/italaw3318.pdf> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.). В частности, арбитр при описании ФТЛ использовал такие выражения, как «меркантильные искатели приключений», «Нирвана для игроков в азартные игры: орел – я выиграл, решка – ты проиграл» и т.д. (см.: *Ibid.*, ¶ 13, 14).

¹ *Goeler J. von.* Op. cit. P. 281.

² Draft Report. P. 117.

3) стоимость услуг по финансированию, включая долю спонсора во взысканной сумме, по умолчанию не возмещается;

4) по общему правилу третейский суд не обладает компетенцией для взыскания расходов противной стороны со спонсора¹.

Вопрос о понесенных расходах и обязательстве финансируемой стороны перед спонсором встал в деле *Quasar de Valores & Ors. v. The Russian Federation*, уже упомянутом ранее в качестве примера стратегического инвестирования, когда спонсор *Group Menatep Limited* профинансировал истцов без встречного обязательства получить какую-либо долю во взысканной сумме. Третейский суд отказал истцам в возмещении арбитражных расходов со ссылкой на то, что спонсор целиком профинансировал процесс, не имея, однако, какой-либо договорной связи с истцами, подлежащей исковой защите, для возврата своих инвестиций, и тем самым предоставил им «безбилетный проезд» в арбитраж².

Встречается точка зрения, что стоимость услуг по финансированию может быть взыскана в качестве убытков в рамках отдельного иска, однако большинство национальных право порядков, по-видимому, отрицательно отнесутся к подобной практике³.

Рабочая группа Арбитражной комиссии Международной торговой палаты по взысканию расходов (ICC Commission on Arbitration and ADR's Task Force on Decisions on Costs) отмечала, что расходы по ФТЛ могут быть взысканы в отдельных случаях; при этом критериями для взыскания являются разумность расходов, несение расходов для конкретного арбитражного дела, фактическая выплата или наличие обязанности по несению таких расходов⁴.

В государственных судах США или Англии на основании положений процессуального права спонсор может быть обязан возместить расходы процессуального оппонента финансируемого лица, если спонсор приобрел существенную степень экономической заинтересованности и контроля в отношении иска. Договорная природа

¹ Draft Report. P. 114.

² SCC Arbitration No. 24/2007, Award (20 July 2012), ¶ 224 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: Draft Report. P. 121.

³ См. подробнее: *Goeler J. von. Op. cit.* P. 414 ff.

⁴ Decisions on Costs in International Arbitration: ICC Commission Report. – P.: ICC Pub., 2015. P. 17 <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

арбитражного разбирательства, как правило, исключает взыскание расходов противной стороны со спонсора, и теории относительно лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения, но связанных его условиями (*non-signatories*), не обосновывают такое взыскание¹.

4.4. Обеспечение арбитражных расходов

Обеспечение расходов противной стороны (*security for costs*) представляет собой форму обеспечительных мер и зачастую испрашивается на случай возможного проигрыша финансируемого лица, когда противная сторона опасается, что не сможет взыскать судебные издержки с такого лица (к примеру, когда в отношении истца вводится процедура банкротства)². Критерии для удовлетворения обычного заявления о наложении обеспечительных мер (срочность, вероятность непоправимого ущерба, *prima facie* обоснованность иска) в этом случае не вполне применимы³. Третейский суд при рассмотрении заявления об обеспечении расходов взвешивает интересы истца в доступе к правосудию (чтобы не лишить ограниченного в средствах истца защиты своего действительно нарушенного права) и интересы ответчика во взыскании расходов в случае своей победы⁴. К иным критериям

¹ Draft Report. P. 129; см. также: Калинин М.С. Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 3: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. С. 225–241; Лысов С.В. Участие в арбитражном разбирательстве лиц, не являющихся подписантами арбитражного соглашения // Вестник международного коммерческого арбитража. 2015. № 1(10). С. 29–40.

² *Waincymer J.* Op. cit. P. 642; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 316; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 136, 144, 333 ff.; *Rubins N.* In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration // American Review of International Arbitration. 2000. Vol. 11. No. 3; см. также: *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Procedural Order No. 3 (Decision on Respondent's Request for Provisional Measures) (12 April 2017) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8996.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: Draft Report. P. 138–139.

³ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 315–316; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 336.

⁴ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 316; Draft Report. P. 132; см. также: *Goeler J. von.* Op. cit. P. 337 ff.; Applications for Security for Costs: International Arbitration Practice Guideline / Chartered Institute of Arbitrators <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015securityforcosts.pdf?sfvrsn=28>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

оценки относятся наличие особых, исключительных обстоятельств, существенное изменение обстоятельств, недобросовестные действия и злоупотребление процессом со стороны финансируемого лица, а также условия соглашения о ФТЛ относительно покрытия спонсором потенциальных расходов противной стороны и возможности одностороннего прекращения финансирования¹.

Чтобы оценить перспективы взыскания судебных издержек с финансируемого лица, необходимо исследовать его финансовое положение. Проблема заключается в том, что во многих случаях привлечение стороннего финансирования воспринимается как сигнал того, что у истца недостаточно собственных средств для ведения арбитражного процесса и, соответственно, для возмещения судебных расходов противной стороны². Противники такой точки зрения призывают финансируемых лиц, в отношении которых подано заявление об обеспечении расходов, напротив, раскрывать сведения о стороннем финансировании для подтверждения своей платежеспособности³.

Так, к примеру, третейский суд удовлетворил заявление об обеспечении расходов в размере 750 тыс. долл. США в известном инвестиционном арбитраже по делу *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*⁴. Заявитель (ответчик) ссылаясь на неоднократные случаи, когда по другим делам в инвестиционном арбитраже *RSM Production Corporation* не осуществляла авансовые платежи на покрытие арбитражных расходов и не исполняла решения о взыскании расходов, понесенных противной стороной, а также на привлечение ей ФТЛ. Ответчик заявлял, что спонсор помог истцу инициировать арбитражное разбирательство, однако не возместит расходы ответчика

¹ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (13 August 2014), ¶ 75 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Guaracachi America, Inc. (U.S.A.) & Anor. v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, Procedural Order No. 14 (11 March 2013), ¶ 6 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1331.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. the Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17 (Annulment Proceeding), Decision on El Salvador's Application for Security for Costs (20 September 2012), ¶ 35 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7920.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: *Goeler J. von*. Op. cit. P. 349, 354.

² *Goeler J. von*. Op. cit. P. 334, 341.

³ *Ibid*. P. 342, 354.

⁴ Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (13 August 2014).

в случае его победы, что напоминает ситуацию с оставлением места ДТП («*arbitral hit-and-run*»)¹. Третейский суд посчитал это исключительными обстоятельствами, которые обосновывают обеспечение расходов ответчика, особенно с учетом того факта, что истец признал свое неудовлетворительное финансовое состояние и финансирование со стороны спонсора, которое, по мнению третейского суда, может не покрыть расходы ответчика².

В отношении обеспечения расходов Рабочая группа *ICCA-QMUL* по ФТЛ отмечает, что удовлетворение заявления об обеспечении расходов должно осуществляться безотносительно к наличию ФТЛ и на основании неплатежеспособности, которая должна быть *prima facie* доказана заявителем. В случае если этот порог пройден, финансируемое лицо может представить дополнительные доказательства финансирования; в противном случае оно обязано обеспечить расходы противной стороны. На данной стадии запрос о предоставлении соглашения о ФТЛ должен быть по общему правилу удовлетворен, чтобы противная сторона и арбитры смогли ознакомиться с условиями такого соглашения по поводу права спонсора на прекращение финансирования и его обязанности по покрытию расходов противной стороны, но пределы раскрытия должны быть ограничены до релевантных положений соглашения о ФТЛ. При этом издержки, которые понесло финансируемое лицо для обеспечения расходов противной стороны и которые были им доказаны, могут быть взысканы с заявителя³.

5. Практика регулирования ФТЛ в отдельных зарубежных странах

Далее мы рассмотрим примеры стран, успешно использующих механизмы ФТЛ.

5.1. Англия

ФТЛ широко используется в Англии наряду (а иногда и совместно) с другими альтернативными способами финансирования и распределения рисков при судебных процессах, в частности страхованием до и после страхового случая (*before-the-event* и *after-the-event insur-*

¹ Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (13 August 2014), ¶ 33.

² Ibidem.

³ Draft Report. P. 115.

ance), а также условными гонорарами (которые разрешены, в отличие от обычных «гонораров успеха»)¹. Какой-либо законодательный акт, разрешающий ФТЛ, отсутствует, и регулирование осуществляется на основании судебных прецедентов.

Соглашения о ФТЛ обеспечены исковой защитой до тех пор, пока участие спонсора не компрометирует чистоту судебного процесса (например, когда спонсор осуществляет чрезмерный контроль за процессом)² и не нарушает публичный порядок³. В судебной практике встречаются следующие критерии допустимости соглашений о ФТЛ: 1) спонсор не ставит своей целью получить контроль над процессом и является представителем регулируемой профессии; 2) размер потенциального дохода спонсора от финансирования процесса является разумным; 3) соглашение о ФТЛ позволяет финансируемой стороне получить доступ к правосудию, который она иначе не могла бы получить ввиду своих финансовых возможностей⁴.

Если суд установит, что имели место *maintenance* или *champerty*, соглашение о ФТЛ может быть признано неисполнимым, и, кроме того, спонсор может отвечать за расходы противной стороны⁵.

По общему правилу раскрытие информации о ФТЛ и спонсоре не требуется⁶. Однако в случае необходимости суды могут обязать сторону раскрыть такую информацию⁷. Поведение спонсоров, входящих в Ассоциацию процессуальных спонсоров (Association of Litigation Funders), регулируется специальным Кодексом поведения в редакции от ноября 2016 г.⁸

¹ *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 101 ff. Ключевое различие между условными гонорарами и «гонорарами успеха» заключается в том, что «гонорары успеха» предполагают расчет гонорара в качестве процентов от взысканной суммы, а условные гонорары – нет (см.: *Ibid.* P. 103).

² *Giles v. Thompson*, [1993] UKHL 2.

³ *Factortame Ltd. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions (No. 2)*, [2003] QB 381 (CA).

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 109 ff.

⁶ *Ibid.* P. 118.

⁷ *Wall v. Royal Bank of Scotland plc*, [2016] EWHC 2460 (Comm.).

⁸ Code of Conduct for Litigation Funders <<http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Code-of-conduct-Nov2016-Final-PDF-1.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

5.2. Сингапур

ФТЛ разрешено в международном арбитраже с местом разрешения спора в Сингапуре, в связанных с арбитражем процедурах в государственных судах, а также в процедуре медиации¹. 10 января 2017 г. был принят соответствующий Закон², а также сопутствующее ему Постановление министра юстиции Сингапура³. В соответствии с этими актами были также приняты изменения в Закон о юридической профессии 1966 г. (Legal Profession Act 1966) и Правила профессиональной этики юристов Сингапура 2015 г. (Legal Profession (Professional Conduct) Rules 2015)⁴. ФТЛ более не является *maintenance* или *champerty*. Юридические представители финансируемого лица обязаны раскрыть информацию о ФТЛ и личности спонсора при инициировании арбитражного разбирательства или при первой возможности. Сингапурский международный арбитражный центр (Singapore International Arbitration Centre (SIAC)) опубликовал Руководство по поведению арбитров в делах со сторонним финансированием⁵, а Сингапурский институт арбитров (Singapore Institute of Arbitrators) — Руководство для спонсоров⁶.

5.3. Гонконг

ФТЛ разрешено в Гонконге в рамках международного арбитража, но не в судопроизводстве в государственных судах, за исключением

¹ *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 251.

² Civil Law (Amendment) Act 2017 (No. 2 of 2017).

³ Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017 (No. S 68/2017).

⁴ См. подробнее: Third-Party Funding: Guidance Note 10.1.1 / The Law Society of Singapore <http://www.lawsociety.org.sg/Portals/0/ForLawyers/GuidanceOnProfessionalAndPracticeIssues/PDF/Council_GN_Third_Party_Funding.pdf> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.); см. также: *Secomb M., Wallin A.* Chapter 13. Singapore // *The Third Party Litigation Funding Law Review* / L. Perrin (ed.). L.: Law Business Research Ltd., 2017. P. 125–134 <https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/6b3d2914-5b53-4d72-ba36-76936bd7e024/TTPLFLR1full-book.pdf> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.); *Lai E.* Updates on Third-Party Funding in Singapore and Developments in Mediation (21 April 2017) <<https://singaporeinternationalarbitration.com/2017/04/21/updates-on-third-party-funding-in-singapore-and-developments-in-mediation/>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

⁵ Practice Note PN – 01/17 (31 March 2017) on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding <<http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

⁶ SI Arb Guidelines for Third Party Funders <https://siarb.org.sg/images/SI Arb-TPF-Guidelines-2017_final18-May-2017.pdf> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

дел о банкротстве. 14 июня 2017 г. был принят Закон, допускающий ФТЛ в международном арбитраже и процедуре медиации с местом разрешения спора в Гонконге¹. ФТЛ более не является *maintenance* или *champerty*, которые традиционно (до 1997 г. Гонконг являлся британской колонией) рассматривались в качестве уголовного преступления и гражданско-правового деликта. Финансируемое лицо обязано раскрыть информацию о ФТЛ, личности спонсора и окончании действия ФТЛ противной стороне и третейскому суду. Поведение спонсоров будет регулироваться Кодексом практики для спонсоров (включая вопросы прекращения финансирования, возмещения расходов противной стороны и т.п.)².

6. Перспективы ФТЛ в России

ФТЛ в настоящее время не регулируется в России. При этом в одной из наиболее подробных на настоящий момент работ по ФТЛ отмечается, что российская правовая система является благоприятной для его развития³. Это связано с тем, что расходы на участие в международном арбитраже по общему правилу значительно превышают расходы на судопроизводство в государственном арбитражном суде или в суде общей юрисдикции в России.

Интерес к ФТЛ отмечается и на государственном уровне. В апреле 2017 г. председатель Совета судей России В. Момотов, выступая на IV Московском юридическом форуме, предложил развивать в России финансирование судебных процессов⁴. Кроме того, в сентябре 2017 г.

¹ Arbitration and Mediation Legislation (Third-Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017 (Ordinance No. 6 of 2017).

² Legislative Council Brief (LP 19/00/16C) <http://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/brief/b201612301_brf.pdf> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 241; *Jiwaji A.* Hong Kong Approves Third Party Funding for Arbitration (16 July 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/16/hong-kong-approves-third-party-funding-arbitration/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Teo P.* Hong Kong Passes Law to Allow Third Party Funding for Arbitration and Related Proceedings (7 July 2017) <<http://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2017/07/hong-kong-thirdparty-funding/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); Draft Report. P. 143.

³ *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 231.

⁴ *Куликов В.* Защита авансом: Банкам предложили вкладывать деньги в судебные процессы граждан (6 апреля 2017 г.) <<https://www.rg.ru/2017/04/06/banki-smogut-investirovat-v-sudebnye-processy-pomogaia-istcam.html>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

стало известно о судебном споре, в котором инвестор вложил 500 тыс. руб. и после заключения между истцом и ответчиком мирового соглашения получил 15 % от перечисленной по нему суммы (доход инвестора составил 2,775 млн руб.)¹. О своих планах инвестировать в судебные споры до конца 2018 г. не менее 1 млрд руб. заявил фонд *NLF Group*².

Среди схожих институтов необходимо отметить вызывающую бурную дискуссию проблему уступки прав требования к потребителям по кредитным договорам, а также финансирование банкротства кредителами (участниками) юридического лица. Также дискуссионным в российском праве является вопрос о допустимости «гонорара успеха», когда вознаграждение юриста поставлено в зависимость от результатов рассмотрения дела. В целом признается возможность включения в договор условия о «гонораре успеха» на основе общей нормы о свободе договора (ст. 421 ГК РФ)³. При этом отношение судебной практики к взысканию судебных расходов, основанных на «гонораре успеха», в большинстве своем негативное⁴.

Оценивая возможность использования ФТЛ с точки зрения российского гражданского права, необходимо различать отношения 1) между спонсором и финансируемым лицом и 2) между спонсором и иными кредиторами финансируемого лица (когда спонсор оплачивает ока-

¹ Куликов В. Иск авансом: Впервые судебный спор выигран по новой схеме – без затрат (18 сентября 2017 г.) <<https://www.rg.ru/2017/09/18/vpervye-sudebnyj-spor-vyigran-po-novoj-sheme-bez-zatrat.html>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.). Вероятно, финансирование было осуществлено через *Platforma*: идентичный спор указан на сайте компании <<https://platforma-online.ru/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

² Юзефович В., Карнов М. Внешнее финансирование судебных споров в России (2 октября 2017 г.) <<http://legalinsight.ru/vneshnee-finansirovanie-sudebnyh-sporov-v-rossii/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 4 февраля 2014 г. № 16291/10 по делу № А40-91883/08-61-820; постановление АС Северо-Западного округа от 6 ноября 2014 г. по делу № А56-6239/2014. Противоположная судебная практика – постановление КС РФ от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью „Агентство корпоративной безопасности“ и гражданина В.В. Макеева».

⁴ Определения ВС РФ от 26 февраля 2015 г. № 309-ЭС14-3167 по делу № А60-11353/2013, от 25 мая 2015 г. № 302-КГ15-2312 по делу № А78-5912/2013; постановление ФАС Северо-Западного округа от 24 апреля 2012 г. по делу № А26-9551/2010; постановление АС Поволжского округа от 1 июня 2015 г. № Ф06-24039/2015 по делу № А65-30096/2013.

зываемые в связи с финансируемым процессом услуги юридических представителей финансируемого лица и расходы экспертов, свидетелей и т.п.). Вторая категория отношений может быть квалифицирована в качестве поручения исполнения (возложения финансируемым лицом на спонсора исполнения своих обязанностей по оплате), которое в большинстве случаев допускается и не требует согласия кредитора¹.

Отношения же между спонсором и финансируемым лицом по своему экономическому содержанию напоминают кредит². Между тем кредитование традиционно предполагает меновой (коммутативный) характер, т.е. эквивалентный обмен благами между участниками гражданского оборота, когда объем и соотношение встречных предоставлений определены в момент заключения договора³. Кредитор финансирует заемщика в расчете на возврат суммы кредита и получение дополнительной выгоды при начислении процентов.

В свою очередь ФТЛ имеет очевидно рисковый, алеаторный характер⁴: финансируемое лицо имеет право, а спонсор несет обязанность

¹ Статья 313 ГК РФ; см. также: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. — М.: Статут, 2011. С. 57–59 (автор гл. 29 — Е.А. Суханов); Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. — М.: М-Логос, 2017. С. 101–115 (авторы комментария к ст. 313 ГК РФ — А.Г. Карапетов, С.В. Сарбаш).

² О кредите в экономическом смысле см.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 899–900 (автор гл. 48 — Е.А. Суханов). Примечательно, что *NLF Group* при финансировании процессов в России предлагает структурировать сделки по ФТЛ по модели цессии, однако в таком случае правообладателем будет выступать спонсор, а не первоначальный кредитор (см.: *Юзефович В., Карпов М.* Указ. соч.).

³ *Шербаков Н.Б.* Основные подходы к определению юридической природы «алеаторных» сделок // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 1. С. 70–87; *Он же.* Алеаторные сделки: правовая природа и допустимость судебной защиты: Тезисы научного исследования к публичной защите <http://m-logos.ru/img/Nauchny_doklad_aleatornie_sdelki.pdf> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.); *Султанова Т.И.* Правовая природа алеаторных договоров и их место в системе гражданско-правовых договоров // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. Вып. 3(9). С. 140–150 <<https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-priroda-aleatornyh-dogovorov-i-ih-mesto-v-sisteme-grazhdansko-pravovyh-dogovorov.pdf>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.); *Мадагаева Т.Ф.* Алеаторные договоры в системе рискованных договоров в гражданском праве Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. — Томск, 2014. С. 65–66.

⁴ Не случайно одной из форм ФТЛ является страхование (в виде *after-the-event* или *before-the-event*), традиционно относимое к алеаторным сделкам. Алеаторной сделкой

по финансированию процесса, однако в отношении права спонсора на получение части взысканной суммы по арбитражному решению и, соответственно, выгоды имеется неопределенность до известного момента времени¹.

По-видимому, в настоящее время при подчинении российскому праву соглашение о ФТЛ может быть квалифицировано в качестве непоименованного договора² (имеющего к тому же и процессуально-правовые аспекты)³. Представляется, что многообразие и скорость развития кредитных отношений, когда право лишь старается поспеть за экономической действительностью, предопределяют использование при отдельных видах кредитования непоименованных договоров, не являющихся разновидностью кредитного договора⁴. За исключением упомянутых выше проблем с «гонорарами успеха» и, кроме того, потестативными условиями, автор не может предположить иные потенциальные возражения против допустимости соглашений о ФТЛ по российскому праву. Алеаторный характер таких кредитных отношений, по мнению автора, также не должен стать причиной негативного отношения к ним со стороны правопорядка, поскольку цивилистике еще со времен римского права известно об

в цивилистической доктрине признавалась и уступка права требования, по поводу которого происходит рассмотрение дела в суде (см.: *Саватье Р.* Теория обязательств. Юридический и экономический очерк / Пер. с фр. и вступ. ст. Р.О. Халфиной. — М.: Прогресс, 1972. С. 223–224).

¹ См. подробнее об алеаторных сделках: *Щербаков Н.Б.* Основные подходы к определению юридической природы алеаторных сделок; *Он же.* Алеаторные сделки: правовая природа и допустимость судебной защиты: Тезисы научного исследования к публичной защите; *Султанова Т.И.* Указ. соч.; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 48–49 (автор гл. 29 — Е.А. Суханов); *Мадагеева Т.Ф.* Указ. соч.

² *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. — М.: Статут, 2011. С. 404 сл.; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 139 (автор § 1 гл. 31 — Е.А. Суханов).

³ См. подробнее о процессуальном договоре: *Елисеев Н.Г.* Правовая природа процессуального договора // В.А. Кабатов, С.Н. Лебедев: *In Memoriam.* Сборник воспоминаний, статей, иных материалов / Науч. ред.: А.И. Муранов, О.Н. Зименкова, А.А. Костин; Сост.: А.И. Муранов; Ред.: П.Д. Савкин; Отв. секретарь: Ю.А. Шабалина; Каф. межд. частн. и гражд. права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД России. — М.: Статут, 2017. С. 521–532.

⁴ Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 912 (автор гл. 48 — Е.А. Суханов).

алеаторном бодмерейном (морском) займе¹. В любом случае более определенно ответить на вопрос о допустимости соглашений о ФТЛ по российскому праву будет возможно, когда судебная практика в полной мере столкнется с этим феноменом.

Представляется, что в перспективе по мере развития института ФТЛ в российском праве будет необходимо дополнить Правила о беспристрастности и независимости третейских судей (утв. Приказом Президента ГПП РФ от 27 августа 2010 г. № 39) в части распространения на спонсора положений о конфликте интересов, а также обязанности по раскрытию информации о ФТЛ и спонсоре. С учетом обсуждения на базе Минюста России Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи² на основе зарубежного опыта также возможно установить этические требования к юристам, вовлеченным в ФТЛ.

7. Заключение

По мнению автора, институт ФТЛ при его умелом и осторожном использовании несет больше благоприятных, чем негативных моментов для участников арбитражных разбирательств, арбитров и арбитражных центров, а также самих спонсоров. Стороны спора получают возможность профинансировать дорогостоящий процесс и привлечь высококлассных юристов в сфере арбитража, работающих на основании больших гонораров, тем самым увеличив шансы на победу. Арбитрам и арбитражным центрам также может быть обеспечена уплата более высоких арбитражных сборов и гонораров. Соответственно, они смогут посвятить арбитражу больше качественного времени и получить достойное возмещение за услуги по разрешению спора и его администрированию. Спонсоры рискуют потерять вложенные инвестиции, однако правильно поставленный отбор финансируемых дел может принести существенный доход.

Надлежащим образом выстроенная система отношений по ФТЛ позволит нивелировать его возможные негативные аспекты, связанные с конфликтами интересов, чрезмерным контролем за процессом со стороны спонсоров и сутяжничеством.

¹ Султанова Т.И. Указ. соч. С. 142.

² Проект Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи <<http://minjust.ru/deyatelnost-v-sfere-advokatury/konceptsiya-regulirovaniya-rynka-professionalnoy-yuridicheskoy>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

Отношение к ФТЛ в различных правовых порядках является неоднозначным, однако звучит все больше голосов в поддержку этого института при условии его разумного регулирования исключительно с целью избежать возможных злоупотреблений. Автор выражает надежду, что российское право благосклонно встретит такую новую конструкцию материального и процессуального права и проведет регламентацию соответствующих отношений без существенных ограничений и перегибов.