

---

# ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

---



**Н.А. Харитонова,**

магистр Всероссийской академии внешней торговли  
Минэкономразвития России

## Проблема независимости и беспристрастности арбитров в инвестиционных спорах

*В статье анализируется проблема независимости и беспристрастности лиц, принимающих решения в инвестиционных спорах и требования к ним. Показана важность урегулирования проблем путем реформы. Рассмотрена целесообразность применения разработанного рабочей группой III ЮНСИТРАЛ Кодекса поведения арбитров к лицам, принимающим решения в инвестиционных спорах\*.*

*Ключевые слова: независимость и беспристрастность судей, МЦУИС, ЮНСИТРАЛ, Кодекс поведения, УСМИГ, инвестиционные споры.*

Обеспечение независимости и беспристрастности является ключевой задачей при обсуждении возможной реформы урегулирования споров между инвесторами и государствами (далее – УСИГ) в Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (далее – ЮНСИТРАЛ)<sup>1</sup>. Возможное

воздействие внешних влияний и факторов, таких как уместность связей между арбитрами и сторонами, множественные назначения арбитров и практика исполнения двух функций одновременно («*double hatting*»)<sup>2</sup>, на принятие арбитражных решений было и остается в центре многих дебатов по поводу УСИГ.

---

\* Настоящая статья подготовлена на основе доклада, представленного на II Международной научно-практической конференции «Современные тенденции в практике разрешения международных коммерческих споров», проведенной во Всероссийской академии внешней торговли в рамках IX Международного студенческого конкурса по международному коммерческому арбитражу им. М.Г. Розенберга 17 марта 2022 года.

---

<sup>1</sup> Отчет Рабочей группы III (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать шестой сессии. Вена, 29 октября – 2 ноября 2018 г. UN Doc A/CN.9/964 (6 ноября 2018 г.). П. 66–83. ([https://uncitral.un.org/ru/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state)).

<sup>2</sup> Langford M., Behn D., and Hilleren Lie R. The Ethics and Empirics of Double Hatting // 6:7 *ESIL Reflection*. 2017.

Важный аспект УСИГ касается качеств, которыми должны обладать арбитры, их независимости и беспристрастности. Требования о том, чтобы арбитры были независимыми и беспристрастными, обычно содержатся в применимых правилах процедуры арбитража, включая статью 11 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 г. и статью 14 Вашингтонской конвенции 1965 г. об урегулировании инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (далее — Вашингтонская Конвенция).

Согласно отчету Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ за ноябрь 2018 г.<sup>3</sup>: «Независимость и беспристрастность были отнесены к ключевым элементам любой системы правосудия, включая арбитраж, ... и являются особенно острыми в области УСИГ».

Понятие независимости обычно используется для обозначения институциональной независимости судебной власти. Кроме того, независимость также используется для обозначения отсутствия юридически значимых отношений между арбитром и сторонами в споре. Понятие беспристрастности, в свою очередь, относится к отсутствию юридически значимых отношений между арбитром и сторонами в споре, а также к отсутствию предвзятости лица, принимающего решение, по отношению к делу или сторонам<sup>4</sup>.

В случае инвестиционного арбитража выражена озабоченность в связи с косвенным влиянием на арбитров через назначение сторонами<sup>5</sup>, прямым влиянием через контакт между арбитрами и сторонами<sup>6</sup> или

комбинированным методом, когда арбитры также выступают в качестве юристов в других делах.

Отношения между арбитрами, юристами или экспертами в связи с тем, что они выступают юристами в других делах, могут вызвать определенные проблемы. Некоторые государства, особенно обеспокоенные этой практикой, включили в свои договоры четкие правила, направленные на ее ограничение. Например, Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение между Канадой и Европейским союзом предусматривает в пункте 1 статьи 8.30, что арбитры, назначенные в постоянный инвестиционный трибунал, учрежденный Всеобъемлющим экономическим и торговым соглашением (далее — СЕТА) «должны воздерживаться от действий в качестве адвоката или назначенного стороной эксперта или свидетеля в любом ожидающем или новом инвестиционном споре в соответствии с этим или любым другим международным соглашением». В рамках Рабочей группы III Различные государства поддержали строгие ограничения на *«double hatting»* в своих комментариях к проекту Кодекса этики арбитров.

В начале арбитражного разбирательства стороны и их юристы проявляют особую осмотрительность при выборе лиц, которые будут рассматривать и выносить решение по их делу. В то же время лица, участвующие в разбирательстве в качестве арбитров, все чаще предпочитают не выступать в качестве юристов в инвестиционных спорах, а некоторые даже разорвали связи с крупными международными юридическими фирмами, чтобы свести к минимуму конфликты интересов, что закреплено в Руководящих принципах Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитражном суде (2014) (далее — Руководящие принципы МАЮ).

Ярким примером, показывающим ситуацию, что участие одного лица в разбирательстве в двух разных функциях может

<sup>3</sup> Доклад Рабочей группы III (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать шестой сессии. Вена, 29 октября – 2 ноября 2018 г. A/CN.9/964. П. 66–83. ([https://uncitral.un.org/ru/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state)).

<sup>4</sup> ECHR, *Mutu and Pechstein v Republic of Switzerland*. App. № 40575/10, 67474/10, 8 October 2018.

<sup>5</sup> *Puig S. Blinding International Justice* (November 14, 2016) // 56 *Virginia Journal of International Law*, Forthcoming. *Arizona Legal Studies Discussion*. Paper No. 16–29, 647.

<sup>6</sup> *Sands P. Developments in Geopolitics: The End(s) of Judicialization?* // ESIL Conference Closing Speech. 12 September, 2015 // Reprinted in EJILTalk.

сказаться негативно на арбитраже, является решение от июня 2020 г., в котором специальный комитет МЦУИС по делу Эйзер против Испании<sup>7</sup> аннулировал решение в результате нераскрытых отношений между одним из арбитров, который также выступал в качестве юриста в другом разбирательстве, и одним из экспертов у стороны. Впервые в ходе разбирательства в МЦУИС арбитражное решение было аннулировано в результате отсутствия раскрытия информации в контексте ситуации «*double hatting*», когда специальный комитет счел, что причиной отвода арбитра стало очевидное отсутствие беспристрастности арбитра. Аннулирование решения по делу Эйзера подчеркивает важность соблюдения регламента того арбитражного учреждения, по регламенту которого рассматривается спор.

Арбитры играют важную роль в легитимности урегулирования споров между инвестором и государством. Чтобы обеспечить соответствие арбитров требованиям независимости и беспристрастности, большинство арбитражных правил предусматривают два инструмента контроля: обязательства по раскрытию информации, возлагаемые на арбитров, и процедуры отвода.

В отношении раскрытия информации Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в статье 11 прямо предусматривает, что оно необходимо при любых обстоятельствах, «которые могут вызвать оправданные сомнения в отношении его беспристрастности или независимости».

Арбитры должны без промедления сообщать о любых таких обстоятельствах сторонам и другим арбитрам. Аналогичным образом, Арбитражный регламент МЦУИС в статье 7 требует раскрытия любых обстоятельств, которые могут заставить сторону усомниться в «надежности арбитра» для

вынесения решения. Регламент Международной торговой палаты в статье 7 также требует, чтобы будущий арбитр раскрывал «любые факты или обстоятельства, которые могут ... поставить под сомнение независимость арбитра в глазах сторон, а также любые обстоятельства, которые могут вызвать обоснованные сомнения в беспристрастности арбитра».

Различные инструменты мягкого права также дополняют арбитражные правила, особенно в отношении обстоятельств, требующих раскрытия. В частности, Руководящие принципы МАЮ являются важным документом, определяющим, что независимость и беспристрастность арбитра означает на практике<sup>8</sup>. Они устанавливают общие принципы, касающиеся значения независимости и беспристрастности арбитра, и дают указания относительно того, требуют ли конкретные ситуации и обстоятельства раскрытия информации или должны привести к дисквалификации арбитра. Руководящие принципы МАЮ содержат так называемый «красный», «оранжевый» и «зеленый» списки фактических или потенциальных обстоятельств, которые могут потребовать раскрытия информации. Однако Руководящие принципы МАЮ не является обязательным для арбитров и подвергается критике за то, что слишком терпимо относится к возможным проявлениям пристрастности<sup>9</sup>.

Руководящие принципы МАЮ, однако, не содержат каких-либо четких примеров или ясных правил, препятствующих назначению арбитров, которые выступали в качестве советников по аналогичным вопросам в течение установленного периода времени (например, в течение предыдущих трех лет).

<sup>8</sup> Доступно по ссылке: [https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

<sup>9</sup> Moses M. The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges // Kluwer Arbitration Blog. 2017. Nov. 23. Available at <http://arbitration-blog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-interest-arbitrator-challenges/>.

<sup>7</sup> Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Decision on Annulment (11 June 2020), § 273.

Одним из способов устранения этого пробела может быть использование гибкости, присущей Руководящим принципам МАЮ, для добавления новых правил к явно неисчерпывающим категориям.

С 1 июля 2022 г. действует измененная версия Арбитражного регламента МЦУИС (далее — Регламент МЦУИС), в которой была упрощена процедура отвода арбитров. В измененных правилах подчеркивается важность разрешения конфликта интересов в УСИГ. Заменено понятие «отвод» арбитра на «дисквалификацию» (см. глава 3 правило 22)<sup>10</sup>.

Измененные правила предусматривают, что сторона может подать заявление о дисквалификации арбитра в течение 21 дня после формирования Трибунала или со дня, когда ей должно было стать известно основание для дисквалификации, что закреплено в правиле 22 Регламента МЦУИС. Кроме того, в пункте 2 правила 22 Регламента МЦУИС указано, что пока продолжается процесс дисквалификации, арбитражное разбирательство будет приостановлено, если стороны не договорятся об ином. Процедура дисквалификации арбитра будет осуществляться в ускоренном порядке. Несмотря на конкретизированные правила конфликта интересов, они, тем не менее, вряд ли устранят все опасения, поскольку, среди прочего, они по-прежнему оставляют окончательное решение по дисквалификации арбитра за оставшимися членами трибунала, а не передают эту функцию нейтральному органу.

Статья 57 Вашингтонской конвенции 1969 г. устанавливает два главных основания для отвода арбитров в МЦУИС: (1) арбитру явно не хватает качеств, требуемых пунктом 1 статьи 14 Вашингтонской Конвенции, а именно (i) высокие моральные качества; (ii) достаточная компетентность

в области права, коммерции, экономики или финансов; и (iii) тот факт, что арбитр был в состоянии выносить независимые решения или (2) арбитр не имеет права назначаться в соответствии со статьями 37—40 Вашингтонской конвенции.

Статья 38 Вашингтонской конвенции гласит, что арбитры, назначаемые председателем Административного совета МЦУИС, не могут быть гражданами Договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре, или лицом, которое является стороной в споре. А статья 39 содержит положение, предусматривающее, чтобы большинство арбитров в трибунале были гражданами государств, отличных от государства-участника спора и государства, гражданином которого является сторона спора. В деле *Eudoro Armando Olguín v Paraguay*<sup>11</sup> Парагвая заявила арбитру самоотвод на том основании, что арбитр и истец имеют одинаковое гражданство.

Некоторые государства задумываются о создании своих собственных Кодексов поведения арбитров и добавлении положения в двусторонние и многосторонние инвестиционные договоры и в разделы об инвестиционных соглашениях о свободной торговле (далее — инвестиционные соглашения), которые должны иметь приоритет над институциональными правилами, регулирующими арбитраж<sup>12</sup>. Таким образом, со стороны государств наблюдается тенденция брать на себя ответственность за стандарты и правила, регулирующие вопросы, касающиеся независимости и беспристрастности арбитров вместо того, чтобы оставлять их на усмотрение арбитражных учреждений.

В 2009 году Сингапурский международный арбитражный центр (SIAC) опублико-

<sup>10</sup> Поправки к Арбитражным правилам МЦУИС. Глава III. Правило 22. Стр. 36. Доступно по ссылке: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/Amended-ICSID-Arbitration-Rules.pdf>.

<sup>11</sup> *Mr. Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*. ICSID. Case No. ARB/98/5, Award (July 26, 2001).

<sup>12</sup> Пункт 6 статьи 9.19 Соглашения о «Всеобъемлющем и прогрессивном транстихоокеанском партнерстве»; Пункт 2 статьи 6 Проекта Трансатлантического торгового и инвестиционного партнерства (ТТИП).

вал Кодекс этики арбитров, заявив о появлении практики регулирования этических обязательств арбитров арбитражными учреждениями. Гонконгский международный арбитражный центр (НКИАС) последовал примеру SIAC и опубликовал свой Кодекс этического поведения в 2017 году.

В деле «ЭДФ» и другие против Аргентины<sup>13</sup> арбитраж МЦУИС вынес решение против Аргентины и присудил ее выплатить в пользу иностранных инвесторов компенсацию. В свою очередь Аргентина оспаривала данное решение на том основании, что арбитры не были беспристрастны и независимы и существенно отступили от правил процедуры (подпункты «а» и «d» пункта 1 статьи 52 Вашингтонской конвенции)<sup>14</sup> и заявляла отвод арбитрам Габриэль Кауфманн-Колер<sup>15</sup> и Хесусу Ремону.

В мае 2015 г. делегация Алжира предложила в рамках рабочей сессии ЮНСИТРАЛ рассмотреть и вынести на повестку обсуждения вопрос о разработке Кодекса поведения или этики для арбитров в спорах между инвесторами и государством<sup>16</sup>. Секретариат ЮНСИТРАЛ, который оценил осуществимость работы в этой области, пришел к выводу, что в настоящее время существует множество иных стандартов для арбитров, которые могут быть одновременно ими связаны в зависимости от обстоятельств<sup>17</sup>.

На сорок второй сессии ЮНСИТРАЛ, проходившей 14–18 февраля 2022 г., Ра-

бочая группа III продолжила обсуждение проекта Кодекса поведения. Целью Кодекса является применение единого подхода к требованиям, которые применяются к лицам, выносящим решения при рассмотрении международных инвестиционных споров, и наполнение более конкретным содержанием широких этических концепций и стандартов, используемых в применимых документах.

Кодекс содержит правила, применимые к арбитрам, судьям и другим категориям лиц, выносящих решения<sup>18</sup>. В нем определено, что «лицо, выносящее решение», означает всех лиц, которые выносят решения в рамках УСИГ, вне зависимости, являются ли они арбитрами, членами комитетов по аннулированию решений, членами апелляционного механизма или судьями в рамках двустороннего или постоянно-многостороннего механизма<sup>19</sup>. Первая версия Кодекса была опубликована 1 мая 2020 года. МЦУИС и ЮНСИТРАЛ внесли значительный вклад в проект, консультировавшись с делегатами государств и другими заинтересованными лицами. На основании полученных мнений вторая версия Кодекса была опубликована 19 апреля 2021 г., а третья версия – 22 сентября 2021 г.

Таким образом, требования к прозрачности и раскрытию информации о лицах, выносящих решения, становятся выше, что требует более четкого урегулирования в виде сводов этических обязательств.

Так, этические кодексы поведения арбитров также включают ту или иную форму обязательства хранить конфиденциальность. К примеру, статья 7 Кодекса поведения между ЕС и Сингапуром 2017 г. подержит положение о том, что «Арби-

<sup>13</sup> EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/23).

<sup>14</sup> Рачков И.В. Тенденции развития международного инвестиционного арбитража: вопросы по существу споров // Международное правосудие. 2019. № 1 (29). С. 93–117.

<sup>15</sup> По данным Отчета ЮНКТАД об инвестициях во всем мире за 2018 год, Габриэль Кауфманн-Колер состоит в тройке самых востребованных арбитров в мире, она назначена в 51 споре: World Investment Report 2018. Investment and new industrial policies. P.92.

<sup>16</sup> Сорок восьмая сессия ЮНСИТРАЛ (29 июня – 16 июля 2015 г.). UN Doc. No. A/CN.9/855 at 2.

<sup>17</sup> Сорок девятая сессия (27 июня – 15 июля 2016). UN Doc. No. A/CN.9/800. П. 6–7. (<https://undocs.org/ru/A/CN.9/879>).

<sup>18</sup> Пункт 55 A/CN.9/1004/Add.1 Доклада Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее возобновленной тридцать восьмой сессии. (<http://undocs.org/ru/A/CN.9/1004>).

<sup>19</sup> Пункт 7 A/CN.9/WG.III/WP.209 (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами – Проект кодекса поведения). (<http://undocs.org/ru/A/CN.9/WG.III/WP.209>).

тражное разбирательство должно оставаться конфиденциальным. Арбитр находится в доверительных отношениях со сторонами и ни в коем случае не должен использовать конфиденциальную информацию, полученную в ходе разбирательства, для получения личной выгоды или выгоды для других или для нанесения вреда интересам другого лица» (перевод автора)<sup>20</sup>.

Так, кодексы поведения, разработанные с упором на коммерческий арбитраж, отличаются от проекта кодекса, разработанного специально для инвестиционного арбитража.

Кодекс этики для лиц, принимающих решения, призван способствовать внесению ясности для практиков, гармонизации этических обязательств, применимых ко всем судьям в инвестиционном арбитраже. По большей части проект Кодекса отражает развившуюся арбитражную практику, обеспечивающую соблюдение арбитрами их основных обязанностей по сохранению независимости и беспристрастности, обеспечение конфиденциальности и требования высоких этических стандартов, доступности и усердия арбитров.

Разработка Кодекса этики для лиц, принимающих решения, может внести положительный вклад в легитимность УСИГ. Растет потребность в более конкретных руководящих принципах относительно того, что могут и чего не могут делать арбитры, что нашло отражение во введениях к Кодексам этики и поведения в недавно заключенных инвестиционных соглашениях

Например, в соответствии с главой об инвестициях Соглашения о свободной торговле между ЕС и Сингапуром<sup>21</sup> (EUSFTA) арбитру может быть заявлен отвод<sup>22</sup>, если он или она не раскрыли какие-либо прошлые или настоящие интересы,

отношения или вопросы, которые могут повлиять на его или ее независимость или беспристрастность, или которые могут разумно создать видимость неуместности или предвзятости в судебном разбирательстве.

Чтобы оптимизировать работу по созданию норм, регулирующих поведение арбитров, реформа инвестиционного арбитража должна быть постепенной.

Одним из вариантов является создание постоянного многостороннего инвестиционного суда, который поможет решить проблему независимости и беспристрастности. У сторон будет возможность прибегнуть к помощи нейтральных судей, непредвзятых по отношению к инвесторам или государствам. Точные критерии отбора и процессы, связанные с будущим многосторонним инвестиционным судом, окажутся важными для обеспечения фактического беспристрастного и независимого принятия решений. Тем не менее, подотчетные государствам судьи, выполняющие свои функции в составе постоянно действующего суда, будут восприниматься как более независимые и беспристрастные по отношению к арбитрам.

Итак, вопросы, касающиеся независимости и беспристрастности арбитров, а также их стремления эффективно разрешать споры, остаются в центре процесса реформ. Независимость и беспристрастность арбитров является ключевым принципом международного, в том числе инвестиционного арбитража.

Таким образом, предлагается несколько альтернативных вариантов для усиления независимости лиц, принимающих решения и подотчетности международной системы урегулирования инвестиционных споров. Одним из них является введение списка постоянных арбитров со сроком нахождения в должности в течение определенного периода времени. Другая возможность заключается в назначении арбитров компетентными органами или использование реестров, созданных государствами, тем самым отменяя назначения сторонами

<sup>20</sup> Code of Ethics for an Arbitrator, 2017. (<https://www.siac.org.sg/our-rules/code-of-ethics-for-an-arbitrator>).

<sup>21</sup> Текст Соглашения о свободной торговле между ЕС и Сингапуром. Вступило в силу 21 ноября 2019 года. (<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>).

<sup>22</sup> Там же ст. 8, 9, 18.

и запрещая арбитрам также выступать в качестве приглашенных юристов в арбитражных разбирательствах по инвестиционным договорам в течение определенного периода времени. Еще одним предложением

является создание постоянного многостороннего инвестиционного суда. Задача окончательной доработки реформ будет состоять в том, чтобы добиться правильного баланса всех интересов, описанных выше.

