

## Требования, предъявляемые к арбитрам в международном коммерческом арбитраже

**А.А.Городисский, адвокат, партнер  
Адвокатского бюро «Андрей Городисский и партнеры»**



Проблема требований, предъявляемых к арбитру в международном коммерческом арбитраже, сегодня является актуальной и недостаточно разработанной по причине еще малой законодательной и доктринальной разработки более сложного, многопланового вопроса — кто именно может исполнять обязанности арбитра в международном коммерческом арбитраже. Необходимость в определении требований, предъявляемых к арбитру, есть следствие определения и раскрытия понятия статуса арбитра в международном коммерческом арбитраже. Сложность в определении статуса арбитра и, как следствие, требований, предъявляемых к нему, обусловлена тем, что арбитр в международном коммерческом арбитраже выступает в разных качествах. В основе его статуса лежит гражданско-правовое соглашение сторон, что неизбежно приводит к возникновению вопроса о регламентации взаимоотношений арбитра со сторонами. С другой стороны, несмотря на то, что Закон «О судебной системе в Российской Федерации» 1996 г. (с последующими изменениями) гласит, что правосудие осуществляется только государственными судами<sup>1</sup>, Гражданский кодекс Российской Федерации в статье 11 закрепляет правило, согласно которого судебную защиту гражданских прав осуществляет суд, арбитражный суд или третейский суд. Закон «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. относит арбитраж к третейскому разбирательству. Арбитры, таким образом, выполняют функции, схожие с функциями судей, осуществляющих правосудие в государственных судах. В зарубежной доктрине признается, что статус арбитра во многом больше схож со статусом судьи в государственном суде, нежели со статусом, например, адвоката, оказывающего профессиональную правовую помощь<sup>2</sup>. В отличие от адвоката, арбитр связан обязательством предоставить сторонам определенный результат — решение по делу. Арбитр, как и судья в государственном суде, обязан, основываясь на фактах и нормах применимого к конкретному спорному отношению права, разрешить спор. Наконец, арбитр, как и судья, выносит единственное и обязательное для сторон решение, которое признается государством (при определенных условиях) обязательным для исполнения как если бы это было решение национального суда государства. Уже сам этот факт заставляет задуматься о проблеме доктринальной разработки и правовой регламентации требований, которым должно соответствовать лицо, претендующее на статус арбитра в конкретном споре. Ведь, как известно, отличительной особенностью арбитражного разбирательства и, несомненно, его преимуществом является то, что стороны, подчинив конкретный спор рассмотрению в арбитраже, получают возможность самостоятельно и свободно (пусть даже иногда с некоторыми ограничениями) определить (назначить) лицо, которое должно будет вынести то самое единственное и окончательное для них решение.

Для целей настоящей статьи автор предлагает раскрывать понятие статуса арбитра определением его правового положения в отношениях со сторонами и арбитражным учреждением (если стороны подчинили спор конкретному арбитражному учреждению), т. е. совокупности прав и обязанностей арбитра, с одной стороны, и

<sup>1</sup> Пункты 1 и 4 статьи 1 Закона «О судебной системе в Российской Федерации».

<sup>2</sup> См.: Fouchard Ph. Relationships between the arbitrator and the parties and the arbitral institution. The Status of the Arbitrator. Special Supplement. ICC International Court of Arbitration, P. 6, 12 etc.

требований, предъявляемых к арбитру, с другой. Вопросы природы функций, прав и обязанностей арбитра являются очень сложными, и их рассмотрение выходит за рамки настоящей статьи. Здесь же предлагается сконцентрироваться на более узком аспекте статуса арбитра в международном коммерческом арбитраже, а именно на требованиях, предъявляемых к арбитру.

Возникает целый ряд вопросов. Как и на каком уровне должно осуществляться формальное регулирование? В каких нормативно-правовых актах должны быть закреплены сами требования, их определения и критерии (в международных договорах, национальном законодательстве, в частности, в законе о международном коммерческом арбитраже или регламентах арбитражных учреждений)? До какой степени детализации должны быть проработаны такие критерии? Какое право должно применяться к статусу арбитра в целом? Ведь, если встать на ту позицию, что требования, предъявляемые к арбитру, как один из основных вопросов статуса, должны быть закреплены в национальном законодательстве, то, наверное, и остальные вопросы статуса арбитра должны будут регулироваться именно этим национальным законодательством. Каким? Правом страны гражданства арбитра? Правом страны постоянного проживания арбитра или правом места проведения арбитражного рассмотрения спора?

Очевидно, что формальное закрепление требований теоретически возможно как на международном уровне (в международных конвенциях и договорах), так и на уровне национального законодательства (в национальных законах о международном коммерческом арбитраже). Требования, предъявляемые к арбитрам, могут быть также закреплены и в регламентах арбитражных учреждений.

Тем не менее, сегодня проблема совершенствования правового регулирования данного вопроса, в частности, разработки и закрепления самих требований, их определений и критериев, по-прежнему остается актуальной и до конца не исследованной.

Анализ некоторых законов и регламентов постоянно действующих арбитражных учреждений позволяет сделать вывод о том, что на сегодняшний день закреплено обязательное соблюдение пока только двух требований — *беспристрастности и независимости арбитра*. Большинство исследуемых законов и регламентов арбитражных учреждений оставляет за сторонами право определить дополнительные требования к лицам, претендующим на статус арбитра в конкретном арбитражном споре. Стороны свободны в своем праве устанавливать любые требования, которые они посчитают необходимыми. Так, они могут установить требование об обязательном знании арбитром языка, наличии у арбитра специального высшего образования или опыта работы в определенной области не менее определенного количества времени и т. д. Подобного рода требования могут быть настолько разнообразны, что их изучение и анализ требуют отдельного рассмотрения. Мы же сконцентрируемся на анализе указанных выше требований о непристрастности и независимости арбитра.

Соблюдение арбитрами требований о непристрастности и независимости бесспорно является основополагающим началом международного коммерческого арбитража. В противном случае оказалась бы под вопросом сама идея арбитража как эффективного и действенного механизма защиты прав и интересов участников международного торгового оборота, альтернативного судебному разбирательству. Значимость и необходимость соблюдения требований о непристрастности и независимости признана большинством стран мира и выражена в их закреплении в законодательстве практически всех стран и регламентах всех арбитражных учреждений. Требование о непристрастности и независимости закреплено в Типовом законе ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» 1985 г. (с поправками, принятыми в 2006 г.). Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г., разработанный на основе Типового закона, содержит ст. 12, в соответствии с которой арбитр должен быть непристрастен и независим по отношению к сторонам. В Швейцарии этот принцип даже закреплен в федеральной Конституции<sup>3</sup>.

Необходимо отметить, что вопрос определения и детализации требований о непристрастности и независимости в своей основе имеет более глобальную и

<sup>3</sup> Брунцева Е. В. Международный коммерческий арбитраж. М., 2001. С. 149.

многоплановую проблему природы функций, прав и обязательств арбитра. Арбитр — с одной стороны, лицо, наделенное властными полномочиями, а с другой — лицо, избранное (назначенное) стороной (или сторонами), т. е. лицо, которое оказывает определенные услуги сторонам. Это особенно наглядно проявляется, когда стороны договорились о том, что возникший или могущий возникнуть между ними спор будет рассматриваться составом арбитров. В этом случае, как правило, каждая сторона назначает «своего» арбитра, и избранные таким образом два арбитра назначают третьего — председателя арбитражного состава. Поскольку арбитр фактически выполняет судебские функции, он, как и судья, должен оставаться нейтральным и не подпадать под влияние назначившей его стороны. Как и судья, он в принципе должен подчиняться только закону. Любая зависимость арбитра от назначившего его арбитражного учреждения, влияющая на вынесение решения, также не допустима. Точно так же арбитр не должен считать себя обязанным назначившей его стороне<sup>4</sup>. Недопустимо присутствие у арбитра пристрастного отношения или предубеждения как к назначившей его стороне, так и к противоположной стороне, а также какой-либо заинтересованности в исходе дела.

Требования о соблюдении арбитром беспристрастности и независимости установлены в Регламенте Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, Регламенте Международной торговой палаты в Париже, Регламенте Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты, Регламенте Лондонского международного арбитражного суда (далее — ЛМАС), Международном арбитражном регламенте Американской арбитражной ассоциации, Регламенте ЮНСИТРАЛ и других регламентах. Так, Регламент МКАС при ТПП РФ в статье II (§ 3 «Арбитры») устанавливает правило, согласно которому *«при выполнении своих функций арбитры беспристрастны и независимы. Они не являются представителями сторон»*.

Среди указанных выше регламентов стоит особо обратить внимание на правило, закрепленное в Регламенте ЛМАС, как одно из наиболее «развернутых», полных правил о беспристрастности и независимости арбитра. Так, п. 5.2 ст. 5 Регламента ЛМАС гласит: *«Все арбитры, проводящие арбитражное разбирательство согласно настоящему регламенту, должны быть и оставаться на время проведения арбитражного разбирательства беспристрастными и независимыми от сторон; никто из них не должен действовать в арбитражном разбирательстве как адвокат для какой-либо стороны. Ни один из арбитров, ни до назначения, ни после назначения, не должен консультировать какую-либо сторону по существу или результатам дела»*<sup>5</sup>.

Регламент ЮНСИТРАЛ так же, как и регламенты МКАС и ЛМАС, устанавливает правило, согласно которому арбитр должен быть независим и беспристрастен. А вот, например, статья 7 Регламента МТП закрепляет только правило о независимости арбитра и ничего не говорит о беспристрастности. Правда, в статье 11 того же регламента сказано, что арбитр, зависимый от сторон в той или иной мере, может быть отведен. По мнению некоторых зарубежных авторов, закрепление правила о «зависимости в той или иной мере» может служить требованием и гарантией беспристрастности и справедливости рассмотрения спора, несмотря на отсутствие прямого указания на принцип беспристрастности<sup>6</sup>.

Указанные источники (законы и регламенты) закрепляют лишь само правило о соблюдении арбитром требований беспристрастности и независимости. Однако, они не содержат определений указанных требований, равно как и какого-либо указания на какие-либо критерии беспристрастности и независимости. Из соответствующих статей законов и регламентов арбитражных учреждений участникам международного торгового оборота не удастся получить понимания того, что означает беспристрастность и независимость арбитра в международном коммерческом арбитраже.

Как следствие, остается не урегулированным целый ряд вопросов. Как определить, является ли арбитр беспристрастным и независимым по отношению к назначившей его стороне? Каковы должны быть критерии, определяющие соответствие

<sup>4</sup> Sanders P. Quo Vadis Arbitration? A comparative study. P. 224.

<sup>5</sup> Орлов Л. Н., Павлов И. М. Регламенты международных арбитражных судов: Сборник. М., 2001. С. 290.

<sup>6</sup> Сальпиус О. Выбор подходящего арбитра // Третейский суд. 2005. №1. С. 87.

арбитра требованиям беспристрастности и независимости? Как понять, является ли тот или иной критерий «подходящим» для определения беспристрастности и независимости арбитра в международном коммерческом арбитраже. Ведь, как известно, требования о беспристрастности и независимости установлены, например, в отношении судей в государственных судах. Однако в силу особенностей природы статуса арбитра, требования о беспристрастности и независимости арбитра должны все-таки иметь свою специфику и наполнение. Как долго арбитр должен оставаться беспристрастным и независимым по отношению к стороне? Ведь в отличие от судьи арбитр — лицо, назначенное сторонами и наделенное ими властными полномочиями в отношении конкретного спора между ними или в отношении потенциального спора между этими сторонами в рамках существующих между этими сторонами правоотношений. В последнем случае, как правило, на момент заключения такого соглашения лицо, которое будет вести арбитражное рассмотрение спора, еще не известно. Равно и ему не известно о предстоящем участии в арбитражном рассмотрении спора.

Ответ на интересующие вопросы можно попробовать найти в правовой доктрине и сложившейся арбитражной практике. Но перед тем, как попробовать более детально проанализировать требования о беспристрастности и независимости, необходимо разобраться — что же такое беспристрастность и независимость в общем их правовом понимании применительно к арбитрам в международном коммерческом арбитраже.

*Беспристрастность арбитра.* Требование о беспристрастности арбитра является отчасти абстрактным и мало поддающимся формализации концепцией. Она заключается в понятии «умонастроение» (душевного состояния) арбитра и, как следствие, представляет определенные сложности для дефинитивного определения. На практике может так случиться, что реальное предвзятое отношение арбитра к одной из сторон будет легко обнаружимо, но в то же время другая сторона будет лишена возможности доказать это. По нашему мнению, беспристрастность — это качество, суть которого составляет требование непредвзятого и справедливого отношения к каждому субъекту арбитражного процесса. Беспристрастность предполагает, что арбитр при рассмотрении материалов конкретного дела субъективно свободен от личных предубеждений или пристрастий в отношении участников процесса, его действия должны исключать какие-либо обоснованные сомнения в этом отношении, т. е. арбитр должен быть объективно бесстрастным.

В идеале суть концепции беспристрастности арбитра сводится к тому, что факт назначения арбитра одной из сторон не должен каким-либо образом влиять на его профессиональную способность рассматривать факты, обстоятельства и представленные другой стороной доказательства беспристрастно. Если другая сторона представила более весомые и убедительные доказательства своей позиции, беспристрастный арбитр должен принять их во внимание и дать им соответствующую профессиональную оценку. Беспристрастный арбитр может быть благоприятно настроен к стороне, его назначившей, но он не позволит этому факту повлиять на его профессиональное суждение<sup>7</sup>.

В международном коммерческом арбитраже не исключена ситуация, когда один из арбитров не сильно или вообще не скрывает своей симпатии к стороне, его выбравшей, и, тем не менее, не теряет возможности продвигать позицию этой стороны как на открытых слушаниях, так и на закрытых обсуждениях арбитражного состава. В таких случаях возможны два варианта решения проблемы. Первый вариант применяется в экстремальной ситуации и редко бывает удачным — это формальный отвод такого арбитра другой стороной. Второй, более конструктивный, — это положиться на оставшихся членов арбитражного состава, в частности, на председателя арбитражного состава в том, что он «внесет корректировки» в предвзятое отношение арбитра путем беспристрастной оценки фактов и обстоятельств дела.

*Независимость арбитра.* Термины «беспристрастность» и «независимость» не равнозначны и не взаимозаменяемы. Вполне возможно, что у арбитра не будет никаких взаимоотношений с одной из сторон, но в то же время он не будет беспристрастен (например, у него будет какая-то личная заинтересованность в определенном исходе

<sup>7</sup> Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. London. 1991. P.221.

арбитражного рассмотрения спора). Теоретически возможна и обратная ситуация, когда будут обнаружены факты, свидетельствующие о существовании некоторой зависимости арбитра, но в то же время такой арбитр не утратит способности принимать беспристрастное решение по существу спора<sup>8</sup>.

Концепция независимости арбитра является менее абстрактной, чем концепция беспристрастности, т. к. установить факт существования какой-либо взаимосвязи арбитра с одной из сторон гораздо легче, чем установить факт пристрастного отношения. Это позволяет выделить объективные и субъективные аспекты рассматриваемой концепции. Объективно, лицо должно быть отстранено от осуществления полномочий арбитра, если у него есть прямые (например, профессиональные) взаимоотношения с одной из сторон, и более того, если у него есть прямой интерес в финансовом результате дела (например, арбитр является акционером компании стороны в споре). С субъективной точки зрения ее анализировать сложно. В целом, принято считать, что единоличный арбитр или председатель арбитражного состава (суперарбитр) не должен быть той же национальности, что и стороны.

Очевидно, что правило о том, что лицо одной национальности со стороной не может быть назначено единоличным арбитром или председателем арбитражного трибунала, за исключением случаев, когда стороны согласились об ином, является формальным требованием, соблюдение которого, по мнению некоторых специалистов, может обеспечить выполнение требования о независимости арбитража в целом<sup>9</sup>. В идеальной ситуации, считаем, национальность арбитра не должна каким-либо образом влиять на возможность лица принимать участие в качестве арбитра в конкретном споре. Страна, гражданство которой имеет арбитр или в которой он постоянно проживает на момент рассмотрения спора, также не должны иметь значения при решении вопроса о наличии/отсутствии конфликта интересов, влияющего на способность арбитра беспристрастно рассматривать обстоятельства спора. Квалификация, опыт и честность арбитра являются теми факторами, на которые должны рассчитывать стороны, обратившиеся в арбитраж. Многие зарубежные авторы отмечают, что не должно существовать какого-либо законодательного или иного нормативного ограничения на участие лица в арбитражном разбирательстве в качестве арбитра по признакам национальности<sup>10</sup>. По их мнению, арбитражные разбирательства должны проходить в духе Типового закона ЮНСИТРАЛ «О Международном торговом арбитраже», который в статье 11 устанавливает следующее правило: *«Ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны не договорились об ином»*. Приятно отметить, что разработчики российского Закона «О международном коммерческом арбитраже» приняли позицию Типового закона ЮНСИТРАЛ и закрепили в п. 1 ст. 11 следующее положение: *«ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны не договорились об ином»*.

Рассматривая концепцию независимости арбитра, стоит обратить внимание на Регламент Арбитражного института Нидерландов. Он интересен тем, что его разработчики попытались конкретизировать требование о независимости и закрепили в п. 1 ст. 10 ряд критериев, которыми следует руководствоваться при решении вопроса о независимости арбитра. Так, согласно Регламенту, арбитр не должен иметь тесных или близких личных или профессиональных отношений с любой из сторон или другими арбитрами. Иными словами, арбитр должен быть независим не только от сторон, но и от других арбитров<sup>11</sup>.

Анализ отечественной и иностранной правовой литературы показал, что при изучении этих двух разных по своей сути понятий многие авторы используют одни и те же критерии. Но одни относят их к критериям независимости арбитра, другие — к критериям его беспристрастности. В целом же оба требования, как будет показано ниже, являются взаимосвязанными и взаимодополняющими. Рассмотрение их по отдельности может

<sup>8</sup> Sanders P. Quo Vadis Arbitration? A comparative Study. P. 225.

<sup>9</sup> Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. London. 1991. P. 456.

<sup>10</sup> Fouchard, Galliard, Goldman. On International Commercial Arbitration. P. 456.

<sup>11</sup> Васильев Е. А. Формирование состава арбитража. Квалификация арбитров // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража. М., 2002. С. 55.

иметь лишь теоретическое значение; с практической точки зрения эти понятия всегда должны изучаться неразрывно друг от друга.

На практике сторона, проигравшая арбитражное разбирательство, часто пытается оспорить признание и приведение в исполнение решения международного коммерческого арбитража путем подачи заявления в государственный суд, в компетенцию которого входит вынесение соответствующих решений, о несоответствии такого арбитражного решения нормам публичного порядка, закрепленным в национальном законодательстве. При этом очень часто стороны, проигравшие арбитражное разбирательство, пытаются доказать, что арбитр или состав арбитров не соответствовал арбитражному регламенту, законодательству о международном коммерческом арбитраже в связи с тем, что арбитр или один из арбитров (как правило, назначенный противоположной стороной) не мог рассматривать обстоятельства дела беспристрастно и независимо.

В этой связи интересно обратить внимание на одно из последних дел, рассмотренных арбитражным судом г. Москвы в августе 2008 г. по спору между ООО «Смоленский пассаж» (далее — «Заявитель») и ЗАО «Калинка–Стокманн» об отмене решения МКАС при ТПП РФ. Среди обстоятельств, в связи с которыми Заявитель настаивал на отмене арбитражного решения, он указывал на обстоятельства, свидетельствующие, по его мнению, о наличии у арбитров пристрастного отношения к делу. Так, Заявитель указывал, что арбитр К. Х. не мог рассматривать дело беспристрастно, поскольку являлся арбитром по всем делам, в которых ЗАО «Калинка–Стокманн» участвовало в процессах, проходящих в МКАС при ТПП РФ, поддерживая позицию ЗАО «Калинка–Стокманн» по спору, в связи с чем имел уже сформировавшейся взгляд и не мог объективно принимать решение. Заявитель также указывал на невозможность участия в качестве представителя ЗАО «Калинка–Стокманн» одного из арбитров МКАС при ТПП РФ — г-на Ю. А. Указанные обстоятельства Заявитель рассматривал как дающие основания сомневаться в беспристрастности арбитража, нарушающие основополагающие принципы российского права, а также права стороны на беспристрастное и справедливое рассмотрение спора, а самое решение арбитража — как противоречащее публичному порядку Российской Федерации. В определении об удовлетворении заявления об отмене решения МКАС при ТПП РФ арбитражный суд г. Москвы, помимо прочего, указал, что считает обоснованным довод заявителя о нарушении такого основополагающего принципа российского права, как принцип независимости и беспристрастности суда, в той части, в какой представленная Заявителем информация свидетельствует об участии арбитра МКАС при ТПП РФ Ю. А. (согласно утвержденному МКАС при ТПП РФ списку арбитров) в качестве представителя одной из сторон при рассмотрении спора в МКАС при ТПП РФ, в связи с чем имеются основания для сомнений в беспристрастности состава арбитража при рассмотрении спора, в котором в качестве представителей одной из сторон участвует лицо, состоящее в служебной связи с составом арбитража. Указанное обстоятельство является нарушением публичного порядка Российской Федерации и основанием для отмены оспариваемого решения МКАС при ТПП РФ в силу абзаца 2. подп. 2) п. 2 ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже». При этом арбитражный суд указал, что иные обстоятельства, указанные Заявителем, в том числе участие арбитра К. Х. во всех делах, в которых ЗАО «Калинка–Стокманн» участвовало в процессах, арбитражный суд оценивает как необоснованные, не подтвержденные документально, не свидетельствующие о наличии оснований для отмены оспариваемого решения арбитража, в связи с чем не являющиеся основаниями для отмены оспариваемого решения.

Описанное выше определение арбитражного суда г. Москвы как нельзя кстати иллюстрирует обсуждаемые в настоящей статье проблемы. Его уникальность заключается в том, что г-н Ю. А. не входил в состав арбитража, рассматривавшего спор между ЗАО «Калинка–Стокманн» и Заявителем. Арбитражный суд г. Москвы, тем не менее, пришел к выводу, что участие одного из арбитров (согласно списку МКАС при ТПП РФ) в качестве представителя одной из сторон в арбитражном разбирательстве в МКАС при ТПП РФ вызывает обоснованные сомнения в беспристрастности состава арбитража (в который не входил этот арбитр), рассматривавшего данный спор, и, таким образом, приводит к нарушению принципа независимости и беспристрастности арбитража. Если следовать логике арбитражного суда, любой практикующий адвокат, чье имя значится в

списках арбитров МКАС при ТПП РФ, фактически не может представлять интересы своего клиента в споре, подлежащем рассмотрению в МКАС при ТПП РФ, в связи с тем, что самим фактом своего участия в качестве представителя своего клиента в арбитражном разбирательстве он создаст риск дальнейшего оспаривания арбитражного решения (если оно будет принято в пользу его клиента) в государственном арбитражном суде. При этом факт участия в составе арбитража арбитра, который ранее участвовал в качестве арбитра в делах, одной из сторон в которых было ЗАО «Калинка–Стокманн», оставлен арбитражным судом без внимания.

Здесь необходимо обратить внимание на результаты исследований рабочей группы в области международного коммерческого арбитража, состоявшей из 19 специалистов из 14 стран мира (далее — Рабочая группа), работавшей под эгидой Международной ассоциации юристов (International Bar Association). Труд Рабочей группы получил название IBA Guideline on Conflicts of Interest in International Arbitration<sup>12</sup> («Руководящие принципы Международной ассоциации юристов по вопросу конфликта интересов в международном коммерческом арбитраже» (перевод автора) (далее — Руководящие принципы)<sup>13</sup>. При подготовке этого документа Рабочая группа анализировала национальное законодательство развитых стран, регламенты и практику арбитражных учреждений, а также мнения практикующих специалистов в области международного коммерческого арбитража. В качестве одной из основных причин необходимости разработки данного документа участники Рабочей группы отметили тот факт, что отсутствие нормативно закрепленных дефиниций и критериев требований о беспристрастности и независимости арбитров на практике приводит к тому, что участники международного арбитражного процесса часто используют различные подходы к вопросу определения конфликта интересов, необходимости раскрытия арбитром информации о фактах и событиях, которые могут повлиять на возможность его участия в качестве арбитра в конкретном деле. Целью Рабочей группы была разработка обобщающего документа и рекомендаций по его единообразному практическому применению для того, чтобы в дальнейшем участники международного коммерческого арбитража могли использовать единые стандарты при решении вопроса о конфликте интересов. Ведь в правильном и справедливом разрешении вопроса о наличии конфликта интересов в равной степени заинтересованы все участники арбитражного процесса (стороны, их представители, арбитры).

Так, определяя общее правило о том, что арбитр должен быть беспристрастным и независимым по отношению к сторонам, Рабочая группа попыталась дать ответ и на то, как долго арбитр должен соблюдать это требование. Определение, предложенное Рабочей группой, звучит следующим образом: *«Каждый арбитр должен быть беспристрастным и независимым от сторон в момент принятия поручения по исполнению обязанностей арбитра и должен оставаться таковым на протяжении всего арбитражного процесса до момента вынесения арбитражного решения или до того момента, пока рассмотрение спора не будет окончательно остановлено»*<sup>14</sup>. В своем комментарии Рабочая группа отметила, что рассматривала вопрос о том, должен ли оставаться арбитр беспристрастным и независимым по отношению к сторонам в течение того срока, пока будет исполняться арбитражное решение и пришла к определенно отрицательному выводу. С вынесением арбитражного решения (или иным окончанием арбитражного рассмотрения спора) обязанности арбитра, по мнению Рабочей группы, прекращаются. Если по каким-либо причинам данное дело вновь окажется на рассмотрении того же арбитра, то правила о соблюдении арбитром требований о беспристрастности и независимости должны применяться заново, что означает, что арбитр должен будет заново пройти процедуру раскрытия информации о существовании фактов и обстоятельств, могущих иметь значение для определения вопроса о наличии конфликта интересов.

Особенно необходимо отметить тот факт, что Рабочая группа при разработке Правил не просто определила и конкретизировала основополагающий принцип международного коммерческого арбитража, но и предложила механизм определения

<sup>12</sup> Полный текст Руководства Международной ассоциации юристов по конфликту интересов в международном арбитраже на русском языке см.: Третейский суд. 2008. № 2. С. 33–53.

<sup>13</sup> Официальный текст на английском языке см.: [www.ibanet.org/](http://www.ibanet.org/)

<sup>14</sup> Здесь и далее перевод автора статьи.

наличия у арбитра конфликта интересов. Так, правило 2 (с) гласит: «сомнения в [в беспристрастности и независимости арбитра] являются обоснованными в случае, если разумное и информированное третье лицо может прийти к заключению, что существует вероятность того, что арбитр при принятии решения может находиться под влиянием иных факторов нежели факторов, имеющих отношение к существу спора, как они представлены сторонами». Далее в правиле 2 (d) говорится, что «должны существовать обоснованные сомнения в отношении беспристрастности и независимости арбитра в случае, если существует «идентичность» (*identity*) между арбитром и одной из сторон или арбитр является представителем такой стороны, или у арбитра есть существенный финансовый или личный интерес в рассматриваемом деле». В комментариях к данному правилу Рабочая группа пояснила, что термины идентичность (*identity*) и законный представитель (*legal representative*) не нуждаются в дальнейшей детализации, а должны применяться к каждой конкретной ситуации отдельно.

При разработке Правил Рабочая группа изложила, по нашему мнению, фундаментальную позицию, согласно которой лицо, претендующее на статус арбитра, не имеет права быть «чьим-то собственным судьей» (*his or her own judge*). Развивая этот принцип, Рабочая группа предложила правило, которое гласит: «если существуют обстоятельства, описанные в общем правиле 2 (d), отказ стороны или какое-либо соглашение сторон о том, что лицо, в отношении которого существуют такие обстоятельства, будет исполнять обязанности арбитра, должны признаваться недействительными». Другими словами, Рабочая группа заняла позицию, что могут существовать обстоятельства, при которых лицо, выбранное одной из сторон, не имеет право исполнять обязанности арбитра, даже в случае если другая сторона не высказалась по вопросу наличия обстоятельств или прямо отказалась от права на отвод такого арбитра.

Проанализировав практику арбитражных учреждений, Рабочая группа разработала приблизительный перечень типовых ситуаций и обстоятельств, которые должны (или не должны) раскрываться арбитрами при решении вопроса о конфликте интересов. Данный перечень разбит на три группы. Первая, «красная», группа состоит из двух частей. В первой части содержится описание ситуаций и обстоятельств, при которых лицо не имеет право быть арбитром, даже если стороны согласятся на то, чтобы оно исполняло обязанности арбитра, или откажутся от права на отвод такого арбитра. Вторая часть содержит описание ситуаций и обстоятельств, при которых лицо имеет «серьезный» конфликт интересов, но все-таки может исполнять обязанности арбитра в случае выполнения таким лицом двух условий: (i) все стороны, все арбитры и арбитражное учреждение имеют полное представление о всех обстоятельствах конфликта интересов; и (ii) все стороны прямо выразили свое согласие на исполнение таким лицом обязанности арбитра, несмотря на наличие конфликта интересов (правило 4 (с)).

Вторая, «оранжевая», группа содержит описание ситуаций, которые в зависимости от специфических обстоятельств конкретного спора могут послужить основанием для того, чтобы у благоразумного и информированного третьего лица возникли объективные сомнения в беспристрастности и независимости арбитра. В случае, если после раскрытия арбитром таких обстоятельств сторона в установленные сроки не заявила отвод такому арбитру, такой арбитр должен считаться исполняющим свои обязанности беспристрастно и независимо.

Наконец, третья, «зеленая», группа содержит описание ситуаций, которые с объективной точки зрения (т.е. с позиции разумного и информированного третьего лица) не приводят к возникновению конфликта интересов. Лицо, претендующее на статус арбитра в конкретном споре, не обязано раскрывать информацию о таких обстоятельствах.

Так, к первой части «красной» группы относятся ситуации, когда: существует «идентичность» (*identity*) между арбитром и одной из сторон или арбитр выступает в качестве законного представителя юридического лица, являющегося одной из сторон; арбитр является менеджером, членом совета директоров или обладает схожим управленческим влиянием на одну из сторон; у арбитра есть существенный финансовый интерес в одной из сторон или в исходе дела; арбитр регулярно консультирует



выбравшею его сторону или аффилированное с выбравшее его стороной лицо и он и(или) его фирма получает существенный доход от таких консультаций.

К обстоятельствам, при которых арбитр имеет «серьезный» конфликт интересов, но все-таки может исполнять свои обязательства, относятся (вторая часть «красной» группы), например, следующие: арбитр оказал стороне или аффилированному с такой стороной лицу правовую консультацию или правовое заключение по данному спору; арбитр ранее был вовлечен в данный спор; арбитр прямо или косвенно владеет акциями в уставном капитале одной из сторон или аффилированного лица одной из сторон; близкий родственник арбитра имеет существенный интерес в исходе дела; арбитр или близкий родственник арбитра имеет тесные отношения с третьей стороной, которая может стать ответственной перед одной из сторон арбитража в порядке регресса; арбитр является менеджером, членом совета директоров в аффилированном с одной из сторон лицом, или обладает схожим управленческим влиянием на аффилированное с одной из сторон лицо, в случае если такое лицо имеет непосредственное отношение к вопросам, рассматриваемым в рамках арбитражного рассмотрения спора; фирма, в которой работает арбитр, ранее была задействована в деле без прямого участия самого арбитра, и такое участие фирмы в настоящий момент прервано; фирма, в которой работает арбитр, имеет серьезную финансовую заинтересованность в отношениях с одной из сторон или аффилированным лицом одной из сторон; арбитр находится в близких отношениях с менеджером, членом совета директоров или иным лицом, обладающим схожим управленческим влиянием на сторону или аффилированное со стороной лицо или арбитр находится в близких отношениях с консультантом такой стороны; близкий родственник арбитра имеет существенный финансовый интерес по отношению к одной из сторон или аффилированного лица одной из сторон.

К ситуациям, которые в зависимости от определенных обстоятельств конкретного спора могут рассматриваться как конфликт интересов («оранжевая» группа), относятся, например, следующие: арбитр в течение предыдущих трех лет назначался одной из сторон или аффилированным с такой стороной лицом в качестве арбитра в двух или более делах; арбитр в настоящий момент или в течение предыдущих трех лет исполнял обязанности арбитра в другом связанном с настоящим спором деле, одним из участников которого является одна из сторон или аффилированное с ней лицо; фирма, в которой работает арбитр, в настоящий момент оказывает одной из сторон или аффилированному с ней лицу услуги без создания существенных коммерческих отношений и без непосредственного участия арбитра; юридическая фирма, которая делит гонорар с фирмой, в которой работает арбитр, оказывает услуги одной из сторон или аффилированному с ней лицу перед составом арбитров; арбитр на протяжении предыдущих трех лет являлся партнером (или иным образом аффилированным лицом) с другим арбитром или советником одной из сторон; арбитр прямо или косвенно владеет акциями одной из сторон, которые в силу их количества или номинальной стоимости составляют существенное держание в одной из сторон, чьи акции торгуются на фондовой бирже; арбитр публично (посредством, например, статьи или публичной речи) заявлял особую позицию по рассматриваемому спору.

Среди большого перечня обстоятельств, не влияющих на способность арбитра рассматривать спор беспристрастно и независимо («зеленая» группа), необходимо обратить внимание на следующие: фирма, в которой работает арбитр, ранее консультировала одну из сторон или аффилированное с ней лицо в вопросе, не связанном со спором, и арбитр не принимал участие в оказании подобных услуг; арбитр связан с другим арбитром или советником одной из сторон посредством членства в одной профессиональной ассоциации или организации, занимающейся социальными проектами; арбитр и консультант одной из сторон или другой арбитр ранее уже работали вместе как арбитры или консультанты; арбитр ранее контактировал с выбравшей его стороной или аффилированным лицом выбравшей его стороны (или соответствующим консультантами) и такие контакты были ограничены обсуждением вопросов способности арбитра участвовать в качестве арбитра в конкретном споре или выбора председателя состава арбитров из имеющегося списка арбитров, и не касались обсуждения существа спора.

Возвращаясь к рассмотренному выше определению арбитражного суда г. Москвы об отмене решения МКАС при ТПП РФ хотелось бы обратить внимание, что согласно

предложенным Рабочей группы критериям, наличие имени Ю. А. в списке арбитров МКАС при ТПП РФ относится к «зеленой» группе обстоятельств, т. е. к обстоятельствам, наличие которых не приводит к возникновению конфликта интересов и, как следствие, не является обстоятельством, вызывающим обоснованные сомнения в беспристрастности состава арбитража, рассматривающего дело.

В рамках Международной ассоциации юристов создан комитет, основной задачей которого является мониторинг судебной практики, в рамках которой применялись указанные выше Руководящие принципы. В настоящий момент на сайте Международной ассоциации юристов можно найти статью, содержащую краткое описание судебных дел в Австрии, Германии и Швейцарии, в процессе которых суды руководствовались положениями, изложенными в Руководящих принципах. Так, в апреле 2008 года Федеральный Верховный Суд Швейцарии в своем решении об отказе заявителю в отмене арбитражного решения указал, что связи арбитра с представителем одной из сторон посредством членства в одной профессиональной организации не приводит к возникновению обоснованных сомнений в отношении беспристрастности арбитра и всего арбитражного состава. Суд, в частности, пояснил свою позицию, заявив, что сам факт участия арбитра и представителя стороны в одной профессиональной организации еще не является основанием для возникновения вопроса о наличии конфликта интересов.

Сказанное выше позволяет сделать следующие выводы.

Беспристрастность и независимость, безусловно, являются разными понятиями, ибо в их основе лежат различные критерии, хотя и трудно различимые. В то же время беспристрастность и независимость арбитра — понятия взаимосвязанные. Анализ законодательства, регламентов некоторых арбитражных учреждений и правовой литературы свидетельствует о том, что в большинстве случаев понятия беспристрастности и независимости арбитров остаются нераскрытыми.

Необходимость применения требования о независимости заключается в установлении того, является ли взаимосвязь арбитра с одной из сторон или ее представителем (в случае существования такой взаимосвязи) настолько сильной, чтобы возникла опасность для выполнения арбитром своих обязанностей беспристрастно. Если существуют обстоятельства, свидетельствующие о том, что арбитр связан с одной из сторон, ее представителем, то, как следствие, возникает разумный вопрос и о наличии конфликта интересов. В отсутствие доказательств взаимосвязи арбитра с одной из сторон доказать пристрастное отношение арбитра к стороне представляется достаточно затруднительным.

Другой дискуссионной проблемой является то, что принятые во многих странах законы о международных коммерческих арбитражах, равно как и регламенты ведущих арбитражных учреждений не устанавливают иных, кроме беспристрастности и независимости требований.

В то же время было бы поспешным делать выводы о том, что простое закрепление в регламентах требований о беспристрастности и независимости в том виде, в котором они существуют на сегодняшний день, носит формальный характер, а их несоблюдение не приводит к возникновению правовых последствий. Равно, не правильным было бы заявление о том, что отсутствие в национальном законодательстве и в регламентах арбитражных учреждений иных (кроме независимости и беспристрастности) требований есть упущение разработчиков соответствующих законов и регламентов.

Эти вопросы по-прежнему являются актуальными и дискуссионными еще и по той причине, что чрезмерное усердие в разработке критериев и сложных дефиниций самих требований, как и разработка большого количества формальных требований, может привести к неожиданным отрицательным последствиям для арбитража как правового феномена в целом. Исследователи отмечают тенденцию возрастания глобальной проблемы, которая получила название «юридизация арбитража», «перерегулирование» арбитража, его чрезмерное регулирование. Вопросы, до какой степени должна происходить юридизация арбитража, идет ли она во благо арбитража, по-прежнему остаются актуальными. Не обернется ли, в частности, более детальная регламентация требований и их критериев излишней формализацией арбитража и, как следствие, исчезновением его преимуществ перед рассмотрением спора в государственном суде, а также иными альтернативными способами разрешения споров. Проблема степени

формализации требований, предъявляемых к арбитру, заключается не только в решение вопроса о необходимости самого факта определения требований и закрепления критериев, но и вопроса юридической техники закрепления таких требований.

Несмотря на существование большого количества вопросов и спорных точек зрения, в правовой литературе, посвященной арбитражу, повсеместно отмечаются такие его «бесспорные преимущества», как меньшая формализация и, вследствие этого, быстрое разрешение споров. Возможно, арбитраж, как феномен международного частного права, и не нуждается в большей формализации, чем есть на сегодняшний день. Поэтому хотелось бы еще раз обратить внимание на Руководящие принципы, разработанные Рабочей группой Международной ассоциации юристов. Обобщение судебной практики свидетельствует об успешном применении судами Австрии, Германии и Швейцарии разработанных ассоциацией Руководящих принципов при решении вопроса о наличии (или отсутствии) у арбитра конфликта интересов. При этом необходимо отметить, что суды в свои решениях не ссылаются на Руководящие принципы, а руководствуются ими при каждом рассмотрении конкретных обстоятельств.

Представляется, что продолжение работы в данном направлении и разработка соответствующих документов и рекомендаций по их применению на национальном уровне, в частности в России (например, специально созданными рабочими группами при соответствующих арбитражных учреждениях), возможно, внесли бы положительный вклад в адекватное решение затронутых в настоящей статье вопросов.