

5. АРБИТРЫ

5.1. Общие требования к арбитрам

В основе международного арбитражного (третейского) разбирательства лежит механизм разрешения споров независимым, беспристрастным третьим лицом (или лицами), выбранным и действующим в рамках мандата, установленного сторонами. На практике международные споры достаточно часто рассматриваются составом из трех арбитров (коллекцией арбитров), что может быть связано как с комплексностью, так и с международным характером спорного правоотношения. В таких случаях нередко устанавливается, что каждая из сторон назначает по одному арбитру. Порядок назначения председательствующего арбитра зависит от соглашения сторон, применимого арбитражного регламента или *lex arbitri*. Существует три основных модели назначения председателя состава арбитража: а) назначение боковыми арбитрами, б) назначение администрирующим спор органом либо в) назначение компетентным государственным судом. В Швеции администрирующим органом может выступать Арбитражный институт ТПС, если спор подчинен его Регламенту, а компетентным судом – Окружной суд по месту арбитража.

Успех международного коммерческого арбитража во многом основывается на профессионализме и опыте арбитров, их компетентности в узкопрофильных вопросах. Комплексность коммерческих споров обуславливает повышенные требования к профессиональным и этическим качествам арбитров. Каждый коммерческий спор является уникальным в своем роде. Именно поэтому очень важно понимать, что правильный, взвешенный выбор арбитра может значительно увеличить шансы на положительный исход арбитражного разбирательства. Несмотря на тот факт, что большинство арбитражных законов и регламентов не предъявляют специальных квалификационных требований, практика свидетельствует, что арбитрами чаще всего избираются юристы, имеющие специальные знания в определенных областях и опыт разрешения внешнеэкономических споров.

По общему правилу арбитражные законы и регламенты арбитражных центров допускают, что арбитром может быть выбрано любое дееспособное лицо, способное отправлять правосудие независимо и беспристрастно. В ст. 7 Закона «Об арбитраже» устанавливаются общие требования к арбитрам:

«Любое лицо, обладающее полной дееспособностью в отношении своих действий и имущества, может выступать в качестве арбитра».

Таким образом, законодательство не предъявляет каких-либо квалификационных требований к кандидатам в арбитры и устанавливает самые минимальные стандарты. Несмотря на это, вполне объяснимо, что в подавляющем большинстве случаев в Швеции арбитрами назначаются именно юристы. Кроме того, на практике большое значение уделяется и квалификации кандидатов: в какой правовой системе арбитр получил юридическое образование, а также с какой национальной правовой системой либо правовой семьей связана его юридическая практика. С этой целью в ст. 13 (6) Регламента ТПС («Назначение арбитров») поясняется:

«При назначении арбитров Правление принимает во внимание природу и обстоятельства спора, применимое право, язык арбитража и государственную принадлежность сторон»¹.

До определенного времени в ТПС преобладала практика назначения в качестве единоличных арбитров или председателей составов арбитражей в дела, не имеющие какой-либо связи со Швецией, шведских юристов. Это, в частности, объяснялось тем, что: а) единоличный арбитр или председатель не имеет национальности какой-либо из сторон спора, а следовательно является нейтральным; б) шведский юрист имеет опыт применения местного *lex arbitri*, а там, где к спору применяется материальное право Швеции – соответственно, и опыт его применения; в) в случае необходимости арбитр сможет взаимодействовать со шведскими судами по вопросам содействия арбитражу; и, наконец, г) нахождение арбитра в Швеции уменьшает его накладные расходы, в том числе на организацию и проведение слушаний. Отмечается, что в последние годы ТПС постепенно отходит от этой практики и на указанные позиции все чаще назначаются и нешведские арбитры.

Языковая составляющая, без всяких сомнений, принимается во внимание при выборе кандидатуры арбитра. К кандидатуре арбитра могут быть предъявлены требования о знании нескольких языков, поскольку арбитражное производство, документы, переписка между сторонами процесса, слушания и допрос свидетелей могут проводиться на разных языках. При назначении единоличного арбитра или председателя состава арбитража Правление Арбитражного института ТПС уделяет этому компоненту особое внимание: минимизируя расходы сторон на перевод, Правление закладывает основу для эффективного проведения арбитражного процесса.

Немаловажными являются и личные качества кандидата. Например, организационные и коммуникативные навыки арбитра часто позволяют улучшить эффективность, качество и

¹ Статья 13 (6) Регламента ТПС.

сроки рассмотрения дела – то, к чему стремится любой арбитражный институт. Не менее важен и навык арбитра аргументированно убеждать, особенно когда спор рассматривается коллегией из трех арбитров². Такого рода качества внегласно принимаются арбитражными институтами во внимание при назначении арбитров.

Любой внешнеэкономический спор, помимо чисто экономической составляющей, заключает в себе и коллизию правовых культур и традиций, деловой этики и обычаев. *«Когда я представляю клиента в арбитраже, я всегда ищущу арбитра максимально предрасположенного к моему клиенту, однако с минимальной степенью пристрастности»* – пишет профессор Мартин Хантер³. Иначе говоря, наличие в составе арбитража человека из той же правовой среды дает стороне некий комфорт в осознании того, что арбитр выступит проводником национальных особенностей. Например, в подавляющем большинстве случаев иностранным специалистам неизвестны институты хозяйственного ведения и оперативного управления, закрепленные в российском гражданском праве. Поэтому присутствие российского арбитра в составе арбитража позволяет достичь нескольких целей. Во-первых, по крайней мере, один арбитр будет иметь точное представление о характере собственности и предмете спора. Во-вторых, арбитр сможет пояснить двум другим арбитрам содержание данного института в российском праве.

Регламенты ряда арбитражных центров не допускают возможности назначения единоличным арбитром или председателем состава арбитража лица той же государственной принадлежности что и одна из сторон. Не является исключением и Регламент ТПС, ст. 13 (5) которого («Назначение арбитров») содержит правило о том, что:

«В споре между сторонами из разных государств единоличный арбитр или председатель состава арбитража должен быть гражданином иной страны, нежели каждая из сторон, если стороны не договорились об ином или Правление не сочло это допустимым»⁴.

На практике даже в тех случаях, когда регламенты не устанавливают каких-либо ограничений по государственной принадлежности арбитров, арбитражные институты назначают единоличного арбитра или председателя состава арбитража из третьей страны, дабы избежать обвинений в предпочтениях той или иной стороне спора. При этом из числа третьих стран, как правило, исключаются «братские» страны. Например, если одна из сторон спора происходит из Германии, то австрийцы или швейцарцы скорее всего не будут

² Christopher R. Seppälä. Recommended Strategy for Getting the Right International Arbitral Tribunal: A Practitioner's View // Transnational Dispute Management. Volume 6. Issue 1. March 2009. P. 8.

³ Martin Hunter. Ethics of the International Arbitrator. 53 Arbitration 219 (1987).

⁴ Статья 13 (5) Регламента ТПС.

рассматриваться в качестве кандидатов в единоличные арбитры или председатели состава арбитража.

При выборе кандидатуры арбитра особое внимание уделяется их профессиональному опыту. Например, количество арбитражных споров, в которых арбитр принимал участие в качестве арбитра, представителя сторон или эксперта, определяют его практический опыт, знание арбитражного процесса и специфики правового регулирования в той или иной области (строительство, транспорт, вопросы интеллектуальной собственности, финансовое право и пр.); опыт участия кандидата в разрешении споров по применимому арбитражному регламенту; а также опыт участия в спорах по применимому материальному праву.

Нередки случаи, когда помимо иных вопросов назначающей стороной проводится исследование «предпочтений» (взглядов, позиции) кандидата по тем или иным правовым вопросам, относящимся к существу спора. Подобные исследования осуществляются сторонами на основе имеющихся публикаций, выступлений кандидата, а также его предшествующего опыта разрешения аналогичных споров. Нередко стороны или их представители обращаются за отзывами и рекомендациями коллег с целью найти подходящую кандидатуру арбитра.

Помимо отмеченных выше обстоятельств принимается во внимание степень загруженности (доступности) кандидата в предполагаемый период рассмотрения спора. Разумно предположить, что общая загруженность кандидата (например, одновременное участие в нескольких процессах, лекции в университете, болезнь и пр.) может повлиять на эффективность и качество его работы.

В практике Арбитражного института ТПС известны случаи замены арбитров, по их собственной инициативе ввиду загруженности по другим делам и неспособности полноценно работать над делом. Предпочтительно, чтобы такие обстоятельства раскрывались арбитром на этапе его назначения. Для этих целей в документе ТПС под названием «Подтверждение о назначении арбитром», подписываемом арбитром до назначения, предусмотрена графа, в которой арбитр подтверждает, что он:

«на протяжении всего предполагаемого срока рассмотрения дела располагает и обязуется выделить необходимое количество времени для максимально быстрого и эффективного разрешения спора. Арбитр осведомлен о том, что состав арбитража должен незамедлительно выработать календарь рассмотрения дела и вынести окончательное арбитражное решение в течение 6 месяцев с момента передачи дела составу арбитража»⁵.

⁵ Confirmation of Acceptance as Arbitrator. Arbitration Institute SCC.

Без всяких сомнений должен приниматься во внимание и географический фактор: место нахождения (жительства) кандидата в арбитры и место заседания арбитража, близкое расположение которых положительно сказывается на уменьшении финансовой нагрузки сторон на проведение арбитражного процесса.

Дополнительно могут учитываться и другие качества кандидата, например возраст, состояние здоровья и др. Замена арбитра, прекратившего свои полномочия по состоянию здоровья, в большинстве случаев ведет к увеличению сроков и издержек процесса, поэтому эти обстоятельства следует принимать во внимание при выборе кандидатуры арбитра.

5.2. Независимость и беспристрастность арбитров

Арбитры отправляют свои полномочия независимо и беспристрастно. Это означает, что арбитры нейтральны, даже несмотря на тот факт, что каждый из боковых арбитров, как правило, назначен стороной спора. Данный принцип основан на высоких этических стандартах, поскольку именно на нейтральности арбитра строится вся система арбитражного правосудия. Следовательно, малейшее сомнение арбитра в возможности исполнить свои обязанности независимо и беспристрастно должно подлежать раскрытию.

Представляет интерес, что в шведской доктрине принято считать, что разрешение споров органами организаций, например между организацией и ее членами или третьими лицами, не является арбитражем ввиду отсутствия важнейшего элемента – независимых арбитров.

Проблема независимости и беспристрастности арбитров значительно актуализировалась в последние годы. Это связано с переплетением экономических связей международных компаний, в том числе с перекрестным участием компаний в акционерных капиталах, а также с участием крупных международных юридических фирм, обслуживающих эти компании, в разрешении споров. Например, нередки случаи, когда арбитру дается отвод либо арбитром заявляется самоотвод в связи с тем, что одна из спорящих сторон пользуется услугами юридической фирмы, в которой работает или работал арбитр. В свете глобализации юридических фирм вероятность того, что один из ее филиалов, группа юристов или даже отдельный юрист оказывали услуги одной из спорящих сторон по иным вопросам, еще больше возрастает. Как следствие, все чаще создаются небольшие юридические фирмы, специализирующиеся исключительно на вопросах разрешения споров. За последние несколько лет по всему миру были созданы десятки юридических «арбитражных бутиков», состоящих из одного-двух юристов, регулярно получающих назначения в качестве арбитров. Отсутствие разветвленной сети

офисов позволяет небольшим «бутиковым» юридическим фирмам в большинстве случаев избегать конфликта интересов.

Регламент ТПС обязывает лицо, которому предложено принять назначение в качестве арбитра, до принятия назначения заявить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в отношении его беспристрастности и независимости⁶. Данное обязательство носит длящийся характер и продолжает действовать вплоть до момента вынесения арбитром окончательного решения. Если обстоятельства каким-либо образом изменяются и у арбитра появляется основание более не считать себя нейтральным, он должен незамедлительно письменно проинформировать стороны и других арбитров о возникновении таких обстоятельств⁷. Возможно, самым очевидным является пример, когда один из юристов юридической фирмы арбитра, в нарушение правил о конфликте интересов, начинает оказывать услуги одной из сторон арбитража, например по M&A сделке, либо, например, когда арбитр еще до вынесения арбитражного решения открыто высказывает свою точку зрения в печати (статьях, публикациях, интервью) по существу спора или по схожим обстоятельствам.

В уже отмеченном документе ТПС под названием «Подтверждение о назначении арбитром», подписываемом арбитром, предусмотрена графа, в которой арбитр предоставляет следующее заверение:

«Я подтверждаю свою независимость и беспристрастность в данном арбитраже. Мне неизвестны какие-либо обстоятельства, которые могут явиться основанием сомнения в моей независимости и беспристрастности. В случае если мне станут известны какие-либо обстоятельства, я обязуюсь уведомить стороны и других арбитров состава об этом в письменном виде»⁸.

В этом же документе предусмотрена графа для раскрытия арбитром информации:

«Я подтверждаю свою независимость и беспристрастность в данном арбитраже. Однако я желаю раскрыть некоторые обстоятельства, в связи с которыми могут возникнуть сомнения в моей независимости и беспристрастности»⁹.

Принципы независимости и беспристрастности являются общепризнанными. Однако в Законе Швеции «Об арбитраже» закреплен лишь принцип беспристрастности: «Арбитр должен быть беспристрастным»¹⁰. Как отмечается в подготовительных документах к Закону, соблюдения требования беспристрастности вполне достаточно, поскольку если существуют сомнения в беспристрастности арбитра, то такие же сомнения существуют и в

⁶ Статья 14 (2) Регламента ТПС.

⁷ Статья 14 (3) Регламента ТПС; ст. 9 Закона «Об арбитраже».

⁸ Confirmation of Acceptance as arbitrator. Arbitration Institute SCC.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Статья 8 (1) Закона «Об арбитраже».

отношении его независимости¹¹. Тем не менее в Арбитражном регламенте ТПС 2010 г. содержатся оба требования: «Арбитр должен быть независимым и беспристрастным»¹². Несмотря на законодательное закрепление этих требований, шведский *lex arbitri* и Регламент ТПС устанавливают лишь общие правила определения беспристрастности арбитров. Справедливости ради скажем, что шведский закон – один из немногих национальных актов об арбитраже, где установлены хоть какие-то основания, наличие которых допускает отвод арбитра. В частности, в ст. 8 Закона перечислены следующие общие основания:

«Арбитр может быть отведен по просьбе одной из сторон, если существует обстоятельство, которое может вызвать сомнение в его беспристрастности. Наличие такого обстоятельства существует в случаях:

1) если арбитр или тесно связанное с ним лицо является стороной спора или иным образом может ожидать выгоды или вреда, в зависимости от результата рассмотрения спора;

2) если арбитр или связанное с ним лицо является руководителем компании или другой организации, являющейся стороной спора, либо если арбитр представляет сторону или иное лицо, которое может ожидать выгоды или наступления вреда в зависимости от результата рассмотрения спора;

3) если арбитр занял определенную позицию по существу спора, выступая в качестве эксперта или в ином качестве, либо содействовал стороне спора в выработке ее позиции или действий в связи со спором;

4) если арбитр получил или потребовал вознаграждения в нарушение части второй статьи 39 настоящего Закона (Статья 39: «Соглашение о компенсации арбитрам, в котором участвуют не все стороны, является недействительным»)»¹³.

В подготовительных документах к Закону «Об арбитраже» поясняется, что перечень установленных Законом оснований не является исчерпывающим¹⁴. Сделано это с тем, чтобы практика смогла самостоятельно разрешить эти вопросы применительно к каждому конкретному случаю. Регламент ТПС также устанавливает лишь общее правило, без детализации оснований:

«Лицо, которому предложено принять назначение в качестве арбитра, обязано до назначения заявить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в отношении его беспристрастности и независимости»¹⁵.

Восполнить законодательные пробелы возможно, обратившись, например, к такому рекомендательному документу, как Правила по конфликту интересов в международном

¹¹ Подготовительные документы к Закону Швеции «Об арбитраже». 5.6 Ny lag om skiljeförfarande. Regeringens proposition 1998/99:35. 12.11.1998. P. 82.

¹² Статья 14 (1) Регламента ТПС.

¹³ Статья 8 (2) Закона «Об арбитраже».

¹⁴ Подготовительные документы к Закону Швеции «Об арбитраже». 4.1.4 Ny lag om skiljeförfarande. Regeringens proposition 1998/99:35. 12.11.1998. P. 85, 218.

¹⁵ Статья 14 (2) Регламента ТПС.

арбитраже, разработанному Международной ассоциацией юристов (далее – Правила ИВА)¹⁶. В Правилах ИВА предлагаются детализированные группы критериев («красный», «оранжевый» и «зеленый» перечни), согласно которым определяется степень независимости и беспристрастности арбитров. Красный перечень содержит примеры очевидной заинтересованности арбитра, оранжевый перечень включает в себя примеры, когда заинтересованность может иметь место, а зеленый перечень – когда заинтересованность арбитра отсутствует. Будучи рекомендательным документом, Правила ИВА получили широкое распространение в практике международных арбитражей. Следует заметить, что в Швеции практика применения Правил активно формируется при участии Арбитражного института ТПС по процедуре отвода арбитров Правлением¹⁷, а также при участии государственных судов в рамках процесса по отмене арбитражного решения на основании нарушения арбитрами принципа беспристрастности.

Так, впервые в практике шведских судов вопрос применения Правил ИВА был исследован в решении Верховного суда 2007 г. по делу *Anders Jilken v Ericsson AB*:

Спор между Anders Jilken и Ericsson AB был рассмотрен в форме ad hoc арбитража составом из трех арбитров. После вынесения арбитражного решения Anders Jilken обратился в государственный суд с требованием отменить решение, обосновывая это тем, что председатель состава арбитража, известный в Швеции арбитр и бывший судья Верховного суда, был аффилирован с юридической фирмой, представлявшей интересы Ericsson AB. Из обстоятельств дела выяснилось, что арбитр время от времени консультировал юристов этой юридической фирмы, что составляло около 20% его доходов. Одним из основных клиентов юрфирмы являлась группа компаний Ericsson AB, и получается, что арбитр опосредованно давал ей консультации через юристов фирмы. Также арбитр располагался в офисе юрфирмы и пользовался офисной техникой.

Хотя данные обстоятельства не подпадают под основания ст. 8(1) Закона Швеции «Об арбитраже», они содержатся: а) в красном списке Правил: «Юридическая фирма арбитра имеет коммерческие связи либо аффилирована с одной из сторон спора» и б) в оранжевом списке «Юридическая фирма арбитра без участия арбитра, представляла интересы одной из сторон или ее аффилированного лица в течение последних трех лет по делу, не относящемуся к данному спору».

Суд постановил, что, несмотря на то, что в данном деле применимы лишь нормы Закона, Правила ИВА все же имеют значение, поскольку отражают современные общепринятые международные тенденции в данной области. В ситуации, когда отношения между клиентом и юридической фирмой важны для последней, всегда будут возникать вопросы заинтересованности ее сотрудников, действующих в качестве арбитра в споре с участием этого клиента. Этот вывод находит свое

¹⁶ The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. 22 May 2004.

¹⁷ *Helena Jung*. SCC Practice: Challenges to Arbitrators. SCC Board decisions 2005–2007 // Stockholm International Arbitration Review 2008:1; Niklas Lindström. Challenges to Arbitrators – Decisions by the SCC Board during 2008–2010 // Materials of the SCC Arbitration institute. 2012. P. 35–58.

*подтверждение как в Правилах ИВА, так и в практике Арбитражного института ТПС, пояснил суд. На этом основании суд отменил решение арбитража*¹⁸.

В юридической литературе обращается внимание на то, что «в конечном счете судом были исследованы, помимо закона и законопроекта, который в Швеции является источником права ... практика и экспертное заключение Арбитражного института ТПС, Правила конфликта интересов ИВА, Правила адвокатской этики Шведской ассоциации адвокатов и заключение адвокатской дисциплинарной комиссии»¹⁹. Вынося решение по данному делу, суд восполнил пробелы шведского законодательства посредством обращения к нормам мягкого права и рекомендациям заинтересованных лиц. Несмотря на свой рекомендательный характер, значение Правил ИВА, как источника мягкого права, сложно переоценить. Фактически Верховный суд Швеции придал Правилам ИВА статус делового обычая, в котором следует искать ответы на вопросы, не разрешенные в позитивном праве Швеции.

Отметим, что в мае 2013 г. Международной ассоциацией юристов были приняты Рекомендации о представительстве сторон в международном арбитраже (далее – Рекомендации ИВА о представительстве), устанавливающие этические правила ведения процесса представителями сторон. В частности, в ст. 5 документа содержится правило о конфликте интересов, которое распространяется на представителей сторон: «*После того как сформирован состав арбитража, лицо должно отказаться от представления стороны в арбитраже, если между таким лицом и арбитром существует связь, создающая ситуацию конфликта интересов, если только стороны не заявляют возражений после надлежащего раскрытия такой связи*»²⁰. Оба документа, Правила по конфликту интересов в международном арбитраже (2004) и Рекомендации о представительстве сторон в международном арбитраже (2013), разработанные Международной ассоциацией юристов, направлены на уменьшение рисков конфликта интересов в арбитраже. Напомним, что данные правила носят рекомендательный характер и применяются только в случае согласия сторон.

Заслуживающим внимания представляется вопрос о беспристрастности «штатных» арбитров, т.е. тех, которые неоднократно назначаются одной из сторон спора в разных делах. Возникает ли у таких арбитров материальная заинтересованность, из которой

¹⁸ Högsta domstolen. Anders Jilken v Ericsson AB. № T 2448-06. 19.11.2007.

¹⁹ Петрик Н.М. Предвзятость арбитра как основание для отмены и отказа в исполнении арбитражного решения // Материалы Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма по вопросам юрисдикции, отводов и назначения чрезвычайного арбитра. М., 2012. С. 27.

²⁰ IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. 25 May 2013.

формируется пристрастность и зависимость от назначившего арбитра лица? В деле *Korsnäs Aktiebolag v AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad*, рассмотренном Апелляционным судом Свеа, а затем и Верховным судом Швеции, вопрос многократных назначений подвергся доскональному анализу судов:

Korsnäs Aktiebolag подала ходатайство об отмене решения арбитража на том основании, что арбитр, один из известных в Швеции, назначенный компанией *Fortum*, уже дважды в течение предыдущих трех лет назначался арбитром юридической фирмой, представлявшей *Fortum*. Рассмотрев дело, Апелляционный суд Свеа применил нормы оранжевого списка Руководства и счел, что, поскольку арбитр был назначен всего 3 раза, в то время как оранжевый список говорит о не менее чем четырех эпизодах, говорить о заинтересованности арбитра не представляется возможным. На решение была подана апелляция в Верховный суд Швеции.

Верховный суд обратил внимание на тот факт, что, поскольку у суда не имеется оснований для пересмотра дела по существу, к фигуре арбитра должны предъявляться повышенные требования беспристрастности и независимости. Однако не следует буквально подходить к толкованию Правил, а необходимо оценить ситуацию в целом: получал ли этот арбитр назначения от других сторон, или три назначения от юрфирмы – его единственные назначения за указанный период времени; назначался ли этот арбитр одним и тем же лицом в этой юрфирме или разными юристами; выступал ли этот арбитр в качестве назначенного стороной или председательствующего арбитра в предыдущих делах с участием юрфирмы. Выяснилось, что за последние десять лет 10% назначений арбитра исходили от одной и той же юридической фирмы, два из которых – за последние три года.

Принимая во внимание это обстоятельство, суд счел, что назначения, поступающие от этой юрфирмы, составляют небольшую часть в работе арбитра. Помимо этого, не было доказано, что его назначало одно и то же лицо из этой юрфирмы. Руководствуясь этой логикой, суд отклонил просьбу об отмене решения арбитража²¹.

Мотивы данного решения могут стать более понятными в свете размера юридического рынка Швеции и доминирования небольшого количества юридических фирм в сфере арбитража. Применение судом более жестких требований к количеству, частоте и источнику назначений арбитров смогло бы в определенной степени парализовать рынок арбитража в Швеции. Обратим особое внимание на тот факт, что в обоих делах назначались не просто арбитры, а известные и часто назначаемые специалисты в этой области.

Достаточно очевидным случаем нарушения принципа заинтересованности арбитра в исходе спора являются обстоятельства дела, рассмотренного в 2011 г. Апелляционным судом Свеа между *KPMG AB* и *ProfilGruppen AB*.

Компания KPMG AB назначила арбитром старшего партнера одной из шведских юридических фирм. Решение по делу было вынесено 22 декабря 2010 г. в пользу *ProfilGruppen AB*. При этом выяснилось, что один из партнеров юридической фирмы

²¹ Högsta domstolen. *Korsnäs Aktiebolag v AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad*. № T 156-09. 09.06.2010.

арбитра был проинструктирован в другом споре представлять интересы компании HQ AB против ее совета директоров и внешнего аудитора – KPMG AB. По делу HQ AB против KPMG AB 20 декабря 2010 г. была направлена первая претензия в адрес KPMG AB. HQ AB была зарегистрирована в качестве клиента в базе юрфирмы арбитра 23 декабря 2010 г.

Поскольку запрос на представление интересов HQ AB был получен юрфирмой арбитра в октябре 2010 г., когда рассмотрение спора между KPMG AB и ProfilGruppen AB еще продолжалось, арбитр, будучи старшим партнером юрфирмы, должен был быть осведомлен о новом деле, порученном его юрфирме компанией HQ AB против KPMG AB. Примечательно, что данное дело гарантировало значительные гонорары юрфирме арбитра.

Суд счел, что арбитр был осведомлен о новом деле, а следовательно, и о существующем конфликте интересов. Скрыв данную информацию от сторон, арбитр сделал свой отвод невозможным. Поэтому суду не оставалось иного выбора, как отменить решение арбитража, в котором принимал участие данный арбитр²².

В связи с данным решением большой интерес представляет судьба вопроса об ответственности арбитра (возмещение арбитражных расходов и убытков KPMG AB). Для наступления ответственности будет необходимо установить, имел ли место в действиях арбитра умысел или грубая неосторожность, позволяющие сторонам взыскать с него свои финансовые потери? Напомним, что ст. 48 Регламента ТПС «Освобождение от ответственности» устанавливает, что субъективная сторона деяния должна содержать элемент вины арбитра в форме умысла или грубой неосторожности:

«Ни ТПС, ни кто-либо из арбитров не несут ответственности перед любой из сторон спора за любое действие или бездействие в связи с арбитражным разбирательством, если только такое действие или бездействие не является умыслом или грубой неосторожностью»²³.

5.3. Назначение арбитров

5.3.1. Назначение арбитров по Регламенту ТПС

В силу принципа автономии воли стороны вправе определить в арбитражном соглашении то количество арбитров, которое сочтут достаточным и необходимым для разрешения спора²⁴, а также порядок их назначения²⁵. Стороны утрачивают право назначения арбитра по оговоренной в арбитражном соглашении процедуре, отличной от той, что предусмотрена Регламентом ТПС, если назначение не состоится в срок, установленный арбитражным соглашением, а в отсутствие такового – в срок, установленный Правлением ТПС. В Регламенте ТПС отсутствуют ограничения в отношении количества арбитров в составе арбитража, однако на практике в основном дела

²² Svea hovrätt. KPMG AB v ProfilGruppen AB. № T 1085-11. 27.09.2011.

²³ Статья 48 Регламента ТПС.

²⁴ Статья 12 Регламента ТПС.

²⁵ Статья 13 (1) Регламента ТПС.

рассматриваются одним или тремя арбитрами. В отсутствие договоренности сторон о количестве арбитров коллегия формируется в составе трех судей, если только Правление, принимая во внимание сложность дела, сумму спора и другие обстоятельства, не решит, что спор подлежит разрешению единоличным арбитром.

Единоличный арбитр или председатель состава арбитража назначаются по следующей процедуре. Часть 2 ст. 13 Регламента ТПС предписывает, что если состав арбитража состоит из единоличного арбитра, то сторонам предоставляется 10-дневный срок для его совместного назначения. Если стороны не могут договориться о назначении арбитра в указанный срок, единоличный арбитр должен быть назначен Правлением. Несмотря на тот факт, что в ТПС отсутствует формальный список арбитров, Арбитражный институт ТПС собирает информацию и данные о специалистах в области арбитража в отдельных отраслях права. Первоначально кандидатуры единоличного арбитра или председателя состава арбитража обсуждаются в Секретариате, а затем вносятся на обсуждение Правления. Как правило, Правлению предлагается выбрать из нескольких кандидатов. В сложных спорах встречаются случаи, когда Секретариат предлагает на выбор кандидатуры трех шведских и трех иностранных арбитров на роль председателя или единоличного арбитра. При выборе кандидатуры учитываются природа и обстоятельства спора, применимое право, язык арбитража и государственная принадлежность сторон. Напомним, что Регламент ТПС устанавливает правило о том, что

«...в споре между сторонами из разных государств единоличный арбитр или председатель состава арбитража должен быть гражданином иной страны, нежели каждая из сторон, если стороны не договорились об ином или Правление не сочло это допустимым».

В тех случаях, когда по соглашению сторон или решению Правления арбитражный трибунал состоит из трех арбитров, каждая из сторон назначает равное количество арбитров. Если сторона не производит назначения своего арбитра в установленный срок, то арбитр за нее назначается Правлением. Как было отмечено выше, председатель состава арбитража также назначается Правлением.

5.3.2. Назначение арбитров по Закону «Об арбитраже»

Назначение арбитров с применением норм Закона в подавляющем большинстве случаев происходит при рассмотрении спора в арбитражах *ad hoc*. Первоначально Закон позволяет сторонам прийти к соглашению о количестве арбитров и порядке их назначения²⁶. Однако

²⁶ Статья 12 Закона «Об арбитраже».

в отсутствие договоренности сторон либо в случае пропуска сроков, отведенных стороне для назначения арбитра, применяются правила ст. 13–15 Закона.

Законом устанавливается, что в отсутствие соглашения сторон о количестве арбитров, независимо от суммы иска, их должно быть три²⁷. При этом каждая из сторон назначает по одному арбитру, которые в свою очередь совместно назначают председателя состава арбитража.

Сторона, получившая просьбу об арбитраже с указанием назначенного истцом арбитра, располагает 30 календарными днями для назначения своего арбитра²⁸. Если ответчик пропускает установленный 30-дневный срок, то Окружной суд (*tingsrätten*), руководствуясь положениями ст. 14 (3) Закона, производит назначение второго арбитра по ходатайству стороны, первой назначившей своего арбитра²⁹. Судебная практика сложилась таким образом, что, назначая арбитра, Окружному суду следует убедиться в том, что между сторонами существует действительное арбитражное соглашение, а также в том, что ответчик был надлежащим образом уведомлен о возбужденном арбитражном производстве. Именно такие требования были сформулированы судами и определили содержание указанной статьи³⁰.

В том случае, если председатель состава должен быть назначен боковыми арбитрами, однако те не производят назначение в течение 30 дней с момента назначения последнего из них, председательствующий назначается компетентным Окружным судом по ходатайству одной из сторон³¹.

Отдельно устанавливается, что, если арбитр должен быть выбран, например, назначающим органом (в *ad hoc* или в институциональном арбитраже) либо если арбитр подлежит совместному назначению сторонами, но этого не происходит по прошествии 30 дней с момента направления просьбы об арбитраже, назначение также производится Окружным судом по ходатайству одной из сторон³².

Если арбитр заявляет самоотвод или арбитра отводят стороны, то назначение нового арбитра также производится Окружным судом по ходатайству одной из сторон. В случае если арбитр оказывается неспособным выполнять свои функции по причинам, возникшим после его назначения, назначившее его лицо вправе назначить нового арбитра. Срок, в течение которого должно быть произведено назначение замены, составляет 30 дней с

²⁷ Статья 13 Закона «Об арбитраже».

²⁸ Статья 14 Закона «Об арбитраже».

²⁹ Статья 14 (3) Закона «Об арбитраже».

³⁰ Hovrätten för Nedre Norrland. Booth v Ericsson Inc. № B 75-08. 14.04.2008.

³¹ Статья 15 Закона «Об арбитраже».

³² Статья 15 (2) Закона «Об арбитраже».

момента, когда стороне, которая должна произвести назначение, становится известно об указанных обстоятельствах. Данный срок применяется равным образом и к стороне, инициировавшей арбитраж³³.

В тех случаях, когда Окружной суд уполномочен назначить арбитра, суд вправе отказать в назначении, если будет установлено, что спор не подлежит рассмотрению в арбитраже ввиду неарбитрабельности³⁴.

5.3.3. Назначение арбитров по Факультативной оговорке 1977 (1992)

В первой главе настоящей книги упоминалось соглашение, которое сыграло немалую роль в становлении Арбитражного института ТПС как международно признанного арбитражного центра. Факультативная оговорка 1977 г., а затем и 1992 г. предполагала, что ТПС будет органом, уполномоченным назначать арбитров и осуществлять администрирование споров. Споры подлежали разрешению составом арбитража из трех арбитров в соответствии с действующей на момент заключения договора редакцией Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

По Факультативной оговорке состав арбитражного трибунала должен формироваться следующим образом. Сначала каждая сторона назначает по одному арбитру: истец уведомляет ответчика о назначении арбитра, после чего ответчику отводится 15 дней на назначение своего арбитра. В случае пропуска ответчиком установленного срока арбитр назначался Торгово-промышленной палатой СССР за советских (ТПП РФ за российских) ответчиков либо ААА за американских ответчиков. В случае пропуска ТПП СССР (ТПП РФ) или ААА установленного 15-дневного срока для назначения арбитра ответчика арбитр назначается ТПС. После этого арбитрам сторон отводится 30 дней для выбора председателя состава арбитража. Если этого не происходило, то любая из спорящих сторон была вправе обратиться в ТПС за содействием в назначении председателя. Во исполнение своих обязанностей ТПС направляла сторонам так называемый «Совместный список арбитров-председателей», состоящий из 18 кандидатов, утвержденных ТПП СССР (ныне действует список, утвержденный ТПП РФ) и ААА³⁵, с предложением в течение 15 дней вычеркнуть из списка не более половины арбитров, а оставшихся пронумеровать в порядке приоритета. Председателем назначается наиболее рейтингованный арбитр по совокупности обоих списков, представленных сторонами спора. В том случае, если данная процедура не

³³ Статья 16 Закона «Об арбитраже».

³⁴ Статья 18 Закона «Об арбитраже».

³⁵ Приложение 1 «Совместный список арбитров-председателей» от 1 января 1977 г.

способствовала выбору председателя либо выбранный кандидат по каким-либо причинам отказывался от принятия назначения председательствующим арбитром, ТПС назначала председателя, не поименованного в «Совместном списке арбитров-председателей», национальность которого отличалась от национальности сторон.

В письмах о заключении «Факультативной арбитражной оговорки» предусматривалось, что «Совместный список арбитров-председателей» будет время от времени пересматриваться в связи с уходом из жизни некоторых из включенных в него арбитров, а также с учетом иных обстоятельств. Последний раз список пересматривался в 2005 г. принятием Соглашения от 10 июня 2005 г. «О внесении изменений в совместный список арбитров-председателей, составленный Торгово-промышленной палатой РФ и Американской арбитражной ассоциацией в связи с «Факультативной арбитражной оговоркой для использования в контрактах в сфере российско-американской торговли и инвестирования – 1992»³⁶. Если сравнить списки, то обнаружится, что в обновленный список 2005 г. вошел лишь один арбитр из списка 1977 г.

5.3.4. ТПС как назначающий орган по Регламенту ЮНСИТРАЛ

В ст. 6 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 и 2010 гг. устанавливается, что, если стороны в арбитраже *ad hoc* не определились с органом, назначающим арбитров в споре, генеральный секретарь Постоянной арбитражной палаты в Гааге (Нидерланды) вправе определить такой орган. ТПС традиционно выступает в качестве одного из таких назначающих органов в рамках ст. 8 (1) и 9 (3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

Для назначения арбитров предусмотрена следующая процедура. ТПС направляет сторонам список, состоящий, по крайней мере, из трех кандидатов. В течение 15 дней каждая из сторон обязана немотивированно вычеркнуть негодные кандидатуры из списка, а остальных пронумеровать в порядке приоритета. ТПС выбирает арбитра из оставшихся в консолидированном списке кандидатов в соответствии с расставленными ими приоритетами. Если по какой-либо причине данная процедура не представляется возможной, ТПС вправе самостоятельно назначить единоличного арбитра³⁷.

Если предусмотрен состав из трех арбитров, то каждая из сторон назначает своего, а арбитры в свою очередь назначают председателя. Если одна из сторон не назначает своего

³⁶ Приложение 2 Соглашение от 10 июня 2005 г. «О внесении изменений в совместный список арбитров-председателей, составленный Торгово-промышленной палатой РФ и Американской арбитражной ассоциацией в связи с «Факультативной арбитражной оговоркой для использования в контрактах в сфере российско-американской торговли и инвестирования – 1992».

³⁷ Статья 8 (2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 // www.uncitral.org

арбитра в 30-дневный срок, арбитр назначается ТПС. Такая же процедура предусмотрена и для назначения председателя, если два других арбитра не пришли к соглашению по общей кандидатуре в течение 30 дней³⁸.

При составлении списка кандидатов ТПС принимает во внимание существо и сложность спора, язык и национальность сторон. На арбитров распространяются общепризнанные требования о беспристрастности и независимости³⁹.

За услуги назначающего органа ТПС взимает сбор в размере 1500 евро за назначение арбитра и 3000 евро за рассмотрение вопроса об отводе арбитра⁴⁰. Такая разница в суммах объясняется в том числе и тем, что повышенный сбор на отвод арбитра позволяет в некоторой степени бороться со злоупотреблением данной процедурой одной из сторон спора. Помимо этого ТПС взимается комиссия в размере 1500 евро за услуги депонирования аванса на арбитражные расходы.

5.4. Отвод и замена арбитров

5.4.1. Общие положения об отводе

Общие положения об отводе арбитров содержатся в ст. 10 Закона «Об арбитраже», согласно которой ходатайство об отводе должно быть заявлено в течение 15 дней с момента, когда стороне стало известно как о назначении арбитра, так и о существовании обстоятельства, вызывающего сомнения в беспристрастности и независимости арбитра⁴¹. Первоначально ходатайство об отводе рассматривается арбитрами, если стороны не договорились передать рассмотрение такого ходатайства иному лицу. Если арбитры не удовлетворяют ходатайство об отводе, их решение не подлежит обжалованию. Тем не менее сторона, не согласная с отказом в удовлетворении ходатайства или с оставлением ходатайства без рассмотрения в связи с пропуском срока его представления, вправе в течение 30 дней со дня получения соответствующего постановления арбитров требовать отвода арбитра через компетентный Окружной суд. Подача заявления об отводе в Окружной суд тем не менее не препятствует арбитрам продолжать разбирательство вплоть до момента вынесения решения государственным судом по данному вопросу. Решения

³⁸ Статья 9 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 // www.uncitral.org

³⁹ Article 1 Procedures and services under the UNCITRAL Arbitration Rules. On force as of 15 October, 2011 and applied in cases pending under the UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010.

⁴⁰ Costs charged by the SCC for services rendered as appointing authority. Procedures and services under the UNCITRAL Arbitration Rules. On force as of 15 October, 2011 and applied in cases pending under the UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010.

⁴¹ Статья 10 Закона «Об арбитраже».

Окружного суда об удовлетворении ходатайств о назначении или отводе арбитра не подлежат обжалованию в вышестоящие судебные инстанции⁴².

Положения Закона «Об арбитраже» об отводе арбитров двумя другими арбитрами из состава применяются в первую очередь к арбитражам *ad hoc*. Статья 10 (1) Закона допускает, что ходатайство об отводе рассматривается арбитрами, если стороны не предусмотрели возможность передачи такого ходатайства на рассмотрение иному лицу (органу). Если речь идет об институциональном арбитраже, например по Регламенту ТПС, то таким органом является Правление Арбитражного института ТПС, которое уполномочено принимать окончательные решения по вопросу об отводе арбитров.

В Регламенте ТПС отводу арбитров посвящена ст. 15, по которой сторона вправе заявить отвод любому арбитру если существуют обстоятельства, которые вызывают обоснованные сомнения в его беспристрастности или независимости, или если такое лицо не обладает квалификацией, согласованной сторонами. Следует учитывать, что сторона может заявить отвод своему арбитру только в том случае, если появились факты, о которых ей не было известно до его назначения⁴³. Ходатайство об отводе направляется в Секретариат ТПС и должно содержать основания, по которым заявляется отвод. После получения такой просьбы Секретариат обязан уведомить другую сторону и состав арбитража о заявленном отводе, а также предоставить им возможность в течение 7 дней направить свои комментарии. Если другая сторона согласна с заявленным отводом, то арбитр обязан сложить с себя полномочия. Во всех остальных случаях Правление коллегиально рассматривает вопрос и выносит соответствующее решение.

Что касается сроков заявления отвода по Регламенту ТПС, то стороне предоставляется 15 дней с момента, когда она узнала об обстоятельствах, которые могут служить основанием для отвода. Незаявление об отводе стороной в предусмотренный срок считается отказом от права заявить отвод. Бремя доказывания таких обстоятельств лежит на лице, заявившем отвод. В упомянутом ранее деле *Anders Jilken v Ericsson AB* бремя доказывания было возложено на господина Йилькена, который заявил отвод арбитру оппонента, и строилось на его свидетельских показаниях под присягой в суде⁴⁴.

5.4.2. Практика Арбитражного института ТПС по отводам

⁴² Статья 44 Закона «Об арбитраже».

⁴³ Статья 15 (1) Регламента ТПС.

⁴⁴ Högsta domstolen. *Anders Jilken v Ericsson AB*. № Т 2448-06. 19.11.2007.

В спорах по Регламенту ТПС окончательное решение по вопросу об отводе принимается Правлением Арбитражного института ТПС⁴⁵, которое ежегодно рассматривает несколько заявлений об отводах арбитров⁴⁶. Решения Правления основываются «на применимом праве, а также Регламенте ТПС и сложившейся практике. ТПС также принимает во внимание Правила по конфликту интересов в международном арбитраже, разработанные Международной Ассоциацией Юристов»⁴⁷. Из сводной таблицы, представленной ниже, видно соотношение общего количества принятых ТПС заявлений об арбитраже, заявлений об отводе арбитров, рассмотренных Правлением, и количество фактически отведенных Правлением арбитров в период с 2000 по 2010 г.

Таблица 4. Статистика отводов арбитров по Регламенту ТПС за 2000–2010 гг.

Год	Общее количество дел (внутренние и международные)	Количество заявлений об отводе арбитров	Количество отведенных арбитров
2000	135	4	0
2001	130	2	1
2002	120	3	0
2003	169	4	0
2004	123	10	0
2005	100	11 (6) ⁴⁸	10
2006	141	6	
2007	170	5	
2008	176	4	1
2009	215	3	2
2010	197	7	1
Итого	1676	59	15

⁴⁵ Статья 15 (4) Регламента ТПС.

⁴⁶ См.: Линдстрем Н. Отвод арбитров – решения Правления ТПС с 2008 по 2010 г. // Материалы Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма по вопросам юрисдикции, отводов и назначения чрезвычайного арбитра. С. 41.

⁴⁷ См. там же. С. 35.

⁴⁸ Поскольку в трех случаях отвод был заявлен в одном и том же деле, а в четырех случаях отвод был заявлен одному и тому же арбитру в разных делах, но по одному основанию, можно говорить о том, что всего в 2005 г. было заявлено шесть, а не 11 отводов арбитрам.

Практика по отводу арбитров Правлением, начиная с 1999 г., достаточно детально исследована и опубликована в разных источниках⁴⁹. Чтобы получить представление о том, как рассматриваются заявления об отводах арбитров по Регламенту ТПС, проиллюстрируем это некоторыми наиболее типичными примерами из практики.

Арбитражное дело ТПС V (046/2007)⁵⁰

Истец: Исландия

Ответчик: Швеция

Факты рассматриваемого дела:

Компании из Исландии и Швеции являлись сторонами акционерного соглашения. В просьбе об арбитраже истец ссылаясь на тот факт, что ответчик в нарушение соглашения акционеров продал свои акции в компании третьим лицам. Для рассмотрения спора была сформирована коллегия из трех шведских арбитров. Арбитр истца при раскрытии информации указал, что выступал в качестве правового эксперта в другом споре на стороне третьей компании, которая судилась против ответчика.

Позиция ответчика:

Ответчик заявил отвод арбитру истца, указав, что, возможно, арбитр и не является пристрастным или заинтересованным в данном споре, однако факт его участия в другом споре в качестве правового эксперта на стороне оппонента делает кандидатуру данного арбитра неприемлемой.

Позиция истца:

Роль арбитра в другом процессе ограничивалась лишь подготовкой правового заключения, а не представлением интересов стороны, выступавшей против ответчика. Два этих дела совершенно не связаны – у них другие стороны и предмет спора.

Более того, в связи с тем, что ответчик не утверждает о зависимости или пристрастности арбитра в отношении одной из сторон спора, уже этого достаточно, чтобы не отводить арбитра.

⁴⁹ *Marie Öhrström*. Decisions by the SCC Institute regarding challenge of arbitrators. Decisions 1999–2002 // Stockholm Arbitration Report 2002, Issue 1; *Annette Magnusson, Hanna Larsson*. Recent practice of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: prima facie decisions on jurisdiction and challenges of arbitrators. Decisions 2003–2004 // Stockholm Arbitration Report 2004, Issue 2. P. 47–84; *Helena Jung*. SCC Practice: Challenges to Arbitrators. SCC Board decisions 2005–2007 // Stockholm International Arbitration Review. 2008:1; *Niklas Lindström*. Challenges to Arbitrators – Decisions by the SCC Board during 2008–2010 // Materials of the SCC Arbitration institute. 2012. P. 35–58; *Filipe Mutiz Telles*. Prima facie decisions on jurisdiction of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: Towards consolidation of a ‘pro arbitration’ // www.sccinstitute.com

⁵⁰ *Helena Jung*. SCC Practice: Challenges to Arbitrators. SCC Board decisions 2005–2007 // Stockholm International Arbitration Review. 2008:1.

Между тем истец дополнительно сообщил, что арбитр оказывал услуги представителю истца в 2004 г. в течение 6 месяцев в связи с другим арбитражем. После этого вплоть до 2007 г. между представителями истца и арбитром не существовало каких-либо деловых связей.

Решение Правления:

Исследовав доводы сторон, Правление решило удовлетворить заявление об отводе арбитра.

Комментарий:

Ключевой задачей ТПС является создание благоприятных условий для проведения эффективного процесса и вынесения исполнимого решения: *«При решении вопросов, не нашедших регулирования в настоящем Регламенте ТПС ...должна действовать в духе его [Регламента ТПС] положений и приложить все разумные усилия, чтобы все арбитражные решения приводились в исполнение»*⁵¹. Описанная ситуация достаточно очевидно охватывается оранжевым перечнем Правил ИВА, поэтому Правление решило не подвергать риску отмены будущее решение арбитража и отвело арбитра.

В опубликованной практике решений Правления по отводам можно найти ряд похожих дел, в которых арбитражу заявляется отвод ввиду его участия в статусе правового эксперта в другом деле, связанном с одной из сторон спора. Однако само по себе участие в роли эксперта не влечет автоматического отвода арбитра и зависит от конкретных обстоятельств дела.

Арбитражное дело ТПС V (068/2010)⁵²

Истец: Швеция

Ответчик: Нидерландские Антильские острова

Факты рассматриваемого дела:

Между истцом и ответчиком был заключен лицензионный договор на использование программного обеспечения. Помимо этого истцом был заключен лицензионный договор с другой компанией, которая является прямым конкурентом ответчика. В результате несанкционированного использования данных ответчика конкурентом ответчик пригрозил обеим компаниям обращением в суд. В связи с этим истец обратился в ТПС с просьбой

⁵¹ Статья 47 Регламента ТПС.

⁵² Niklas Lindström. Challenges to Arbitrators – Decisions by the SCC Board during 2008–2010 // Materials of the SCC Arbitration institute. 2012. P. 52.

вынести декларативное решение о том, что истец не нарушал своих обязательств по лицензионному договору.

Позиция ответчика:

Ответчик заявил отвод арбитру истца на том основании, что арбитр в документе под названием «Подтверждение о назначении арбитром» указал, что его юридическая фирма принимала участие в четырех других делах с участием компании истца – в двух спорах на стороне истца и в двух спорах против. Более того, арбитр консультировал истца в корпоративной сделке, работа по которой закончилась менее трех лет назад. Ответчик счел, что указанные обстоятельства подпадают под действие оранжевого перечня Правил *IWA*.

Позиция арбитра:

Арбитр впоследствии пояснил, что все четыре указанных дела имели место более трех лет назад, следовательно, не подпадают под действие оранжевого перечня. Что касается корпоративной сделки, то его юридическая фирма участвовала лишь в отдельной части этой комплексной сделки.

Решение Правления:

Правление приняло решение удовлетворить ходатайство об отводе арбитра.

Комментарий:

При наличии оснований, установленных оранжевым перечнем, Правила *IWA* предписывают следующее: *«При наличии фактов или обстоятельств, которые могут, по мнению сторон, вызвать сомнения в беспристрастности или независимости арбитра, последний должен раскрыть такие факты или обстоятельства сторонам, арбитражному институту или иному назначающему органу (если таковой имеется и если это требуется согласно применимому регламенту) и другим арбитрам, если таковые имеются, до выражения согласия на назначение или, если такое согласие уже дано, как только арбитру станет известно о таких фактах или обстоятельствах»*⁵³. Заметим, что попадание тех или иных фактов под действие оранжевого перечня само по себе не является свидетельством пристрастности арбитра, однако дает основания стороне усомниться в гарантиях честного и равного процесса⁵⁴. Поэтому отвод арбитра здесь рассматривается как меньшее из зол по сравнению с перспективой отмены арбитражного решения судом. На наш взгляд, именно этой логикой руководствовалось Правление, принимая решение об отводе арбитра.

⁵³ Статья 3 (а) Руководящих принципов Международной Ассоциации Юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже.

⁵⁴ Пункт 3 ч. II Руководящих принципов Международной Ассоциации Юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже.

Случаи, когда арбитр профессионально или финансово связан с одной из сторон, пожалуй, являются самыми распространенными среди рассматриваемых Правлением заявлений об отводе арбитров⁵⁵. В таких делах Правление, как правило, занимает достаточно жесткую позицию, что в полной мере согласуется со стандартами Правил *I*BA. Наиболее часто такие ситуации возникают в спорах между шведскими компаниями, которые представлены шведскими юридическими фирмами⁵⁶. Тем не менее известны также и примеры отвода арбитров в делах с участием сторон из СНГ. Например, в деле *U* (207/2009) между компаниями из США и России ходатайство об отводе было заявлено российскому арбитру по причине его участия в правлении корпорации, бóльшая часть контрольного пакета акций которой принадлежала ответчику. Помимо этого арбитр неоднократно выступал юридическим советником российской стороны, а его фирма представляла интересы четырех руководителей одной из компаний ответчика. В этом случае Правление удовлетворило ходатайство об отводе арбитра, несмотря на заявления самого арбитра о том, что, «по его мнению, обстоятельств, которые могли бы повлиять на его беспристрастность в рассматриваемом деле, не существует»⁵⁷.

Арбитражное дело ТПС V (190/2010)⁵⁸

Истец: Беларусь

Ответчик: Польша

Факты рассматриваемого дела:

Компания из Польши обязалась поставить оборудование компании из Беларуси. Истец инициировал дело в ТПС, требуя компенсации убытков в связи с неисправностью оборудования. Истец назначил арбитра из России, ответчик – из Польши, ТПС назначила шведского председателя состава арбитража.

Позиция истца:

Истец заявил отвод арбитру ответчика на том основании, что данный арбитр является собственником предприятия, которое также участвовало в тендере на поставку аналогичного оборудования истцу, однако истец отклонил предложение компании арбитра в пользу оборудования компании ответчика. После того как выяснилось, что оборудование

⁵⁵ *Helena Jung*. SCC Practice: Challenges to Arbitrators. SCC Board decisions 2005–2007 // Stockholm International Arbitration Review. 2008:1. P. 18.

⁵⁶ Например, дела ТПС V (001/2010), V (124/2011), V (170/2011), V (174/2011), V (177/2011), V (081/2012), V(078/2012).

⁵⁷ *Niklas Lindström*. Challenges to Arbitrators – Decisions by the SCC Board during 2008 – 2010 //Materials of the SCC Arbitration institute. 2012. P. 51.

⁵⁸ *Filipe Mutiz Telles*. Prima facie decisions on jurisdiction of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: Towards consolidation of a ‘pro arbitration’ // www.sccinstitute.com

ответчика дефектное, истец вновь запросил у компании арбитра коммерческое предложение на услуги по ремонту оборудования, однако договор об оказании услуг по ремонту оборудования с компанией арбитра так и не был заключен. Принимая во внимание эту ситуацию, истец счел, что такая степень вовлеченности компании арбитра в проект дает основания сомневаться в его беспристрастности и независимости.

Позиция ответчика:

На обвинения в пристрастности арбитра ответчик заявил, что рынок данного оборудования очень мал и все его представители хорошо известны друг другу. Выбор арбитра ответчик мотивировал его высокой компетентностью в рассматриваемой сфере деятельности.

Решение Правления:

Правление удовлетворило заявленный отвод и отстранило арбитра от участия в рассмотрении дела.

Комментарий:

На наш взгляд, решение об отводе продиктовано обстоятельством тесной связи арбитра как со стороной, так и с предметом спора. Несмотря на отсутствие прямого материального интереса арбитра в исходе дела, неудачное участие компании арбитра в качестве одного из участников тендера не исключает полностью его предвзятости по отношению к истцу (заказчику). Представляется, что арбитр был обязан раскрыть факт своего участия в проекте. В этом смысле утверждение ответчика о том, что рынок такого оборудования достаточно узок, а арбитр обладает специальными знаниями в данной области, по существу не имеет значения.

Арбитражное дело ТПС V (60/1999)⁵⁹

Истец: Гонконг

Ответчик: Китай

Факты рассматриваемого дела:

Спор возник из договора займа. Ответчик назначил своего арбитра, указав, что тот является действующим арбитром китайского арбитражного центра *CIETAC* и председателем государственного суда в провинции, в которой зарегистрировано предприятие ответчика. Истец счел это нарушением принципа беспристрастности и потребовал отвода арбитра.

⁵⁹ *Marie Öhrström*. Decisions by the SCC Institute regarding challenge of arbitrators. Decisions 1999–2002 // Stockholm Arbitration Report № 2002, Issue 1.

Позиция истца:

Заявляя отвод арбитру ответчика, истец сделал ссылку на якобы общеизвестный факт протекционизма китайских судов в отношении местного бизнеса. В подтверждение тезиса истец указал на большое число международных споров с китайскими компаниями, которые вынесены за пределы Китая и рассматриваются в нейтральных арбитражных центрах, например в Стокгольме. По мнению истца, судья, выступающий в роли арбитра, не сможет остаться безучастным к судьбе компании из своего региона, а следовательно, не сможет исполнить свои функции беспристрастно.

Позиция арбитра ответчика:

Арбитр не согласился с позицией истца ввиду того, что заявление последнего основано на предположениях и отсутствуют какие-либо доказательства в пользу их достоверности.

Позиция ответчика:

Ответчик также указал на бесосновательность утверждений истца.

Решение Правления:

Правление отказало в удовлетворении отвода и направило материалы дела составу арбитража.

Комментарий:

Данное решение Правления отражает общий подход, который базируется на презумпции беспристрастности арбитра, если не доказано обратного, в противном случае отсутствие независимости или беспристрастности должно быть столь очевидно, что не требует самостоятельного доказывания. В рассматриваемом деле сторона и ее арбитр добросовестно раскрыли информацию, которая, по их мнению, могла бы вызвать определенные сомнения в беспристрастности. Однако бремя доказывания обстоятельств пристрастности арбитра лежит на стороне, заявившей отвод. Если такие доказательства не представлены, Правление, вероятнее всего, отклонит ходатайство об отводе арбитра.

5.5. Освобождение и замена арбитра

Наиболее частым основанием прекращения полномочий арбитра является вынесение окончательного арбитражного решения по существу спора. Помимо этого порой возникают ситуации, когда полномочия арбитра прекращаются в связи с освобождением его от исполнения полномочий в силу добровольной отставки (в связи с занятостью в других делах, по состоянию здоровья) либо ввиду неисполнения своих обязанностей надлежащим образом. В последнем случае Правлением Арбитражного института ТПС вопрос

освобождения арбитра от исполнения обязанностей исследуется с учетом мнений сторон и других арбитров, после чего выносится соответствующее решение⁶⁰.

Вакантное место арбитра замещается кандидатом от стороны, которая назначила освобожденного арбитра, если Правление не сочтет иной порядок более целесообразным. Например, если сторона без объяснения причин перестала принимать участие в арбитражном разбирательстве, замена будет назначена Правлением. После замены арбитра обновленный состав арбитража решает вопрос о необходимости повторения разбирательства (проведение дополнительных слушаний, допрос свидетелей и экспертов)⁶¹. К кандидатуре заменяющего арбитра предъявляются те же требования о независимости и беспристрастности и та же процедура отвода в случае нарушения названных принципов.

5.6. Установление факта и восполнение пробелов в соглашении

По шведскому арбитражному закону состав арбитража вправе вынести решение, подтверждающее или опровергающее существование или содержание того или иного факта, а также восполнение пробелов в договоре⁶². Последнее особенно важно в ситуациях, когда речь идет о долгосрочных договорах, на момент подписания которых было сложно урегулировать и предусмотреть все предстоящие изменения⁶³.

Значимость этой функции обусловлена тем, что юридически установленный составом арбитража факт облекается в форму окончательного решения, обретает силу *res judicata* и может быть использован в качестве доказательства в других процессах⁶⁴. Например, состав арбитража может зафиксировать в решении величину существующей среднерыночной цены на перевалку одной тонны груза в порту Роттердама (Нидерланды) по состоянию на IV квартал 2013 г. Или, к примеру, установить (подтвердить) факт наступления обстоятельств непреодолимой силы в китайской провинции Цинхай в апреле 2010 г. Указанные полномочия реализуются составом арбитража в рамках применимого арбитражного регламента, которому стороны подчинили свои споры по арбитражному соглашению.

Интересной особенностью Закона «Об арбитраже» является право состава арбитража не только осуществлять толкование арбитражного соглашения (оговорки), но и с согласия сторон дополнять его: *«Стороны вправе предоставить арбитрам право восполнить*

⁶⁰ Статья 16 Регламента ТПС.

⁶¹ Статья 17 (3) Регламента ТПС.

⁶² Статья 1 (1) Закона «Об арбитраже».

⁶³ J. Gillis Wetter. Arbitration in Sweden. Stockholms handelskammare. 1984. P. 31–32.

⁶⁴ Подготовительные документы к Закону Швеции «Об арбитраже» 5.6 Ny lag om skiljeförfarande. Regeringens proposition 1998/99:35. 12.11.1998. P. 60.

пробелы в договоре, которые не могут быть устранены путем его толкования»⁶⁵. Например, арбитр вправе решить вопрос о стоимости товаров, в отношении которых стороны не достигли соглашения, или установить разумные сроки поставки товаров, если договор не регулирует эти вопросы.

⁶⁵ Статья 1 (2) Закона «Об арбитраже».