

Назначение арбитров: взгляд из Лондона и Москвы

В разрешение споров посредством международного арбитража вовлечены юристы из разных стран с очень отличающимся правовым регулированием и, соответственно, различным опытом. Зачастую их ожидания в отношении ключевых элементов разбирательства также несходны. Примером может служить дифференцированный подход в назначении арбитра.



Роман Ходыкин
партнер юридической
фирмы Berwin Leighton
Paisner LLP (Лондон),
канд. юрид. наук

История арбитража в Англии насчитывает не одно столетие, но это не означает, что тенденции в назначении арбитров всегда были неизменными. Кого же в настоящее время предпочитают в качестве современных третейских судей для разрешения споров на Туманном Альбионе?

Основной тенденцией последних десятилетий является назначение арбитрами профессиональных судей как после их отставки, так и тогда, когда они еще носят судейскую мантию. Согласно действующему в России праву, представителям судейского корпуса запрещено выступать в качестве арбитров (третейских судей). В этом подходе Россия не одинока, в мире есть еще много стран, которые также не разрешают своим служителям Фемиды осуществлять альтернативное разрешение споров. В то же время есть страны, которые, напротив, дают судьям возможность выступить в иной модели разрешения



Елена Трусова
адвокат, партнер практики
по разрешению споров
компания Goltsblat BLP

В последние годы рассмотрение споров в порядке коммерческого арбитража набирает популярность в России. Количество арбитражных разбирательств растет, и, следовательно, все чаще происходит выбор и назначение арбитров для разрешения конкретного спора. Кого же выбирают арбитрами в России и можно ли понять причины, по которым предпочтение отдается кому-либо из них?

На мой взгляд, главным фактором, определяющим выбор арбитра, является цель стороны, участвующей в арбитражном разбирательстве. Совсем не всегда такая цель является прямой и очевидной – назначить беспристрастного и квалифицированного арбитра. Иногда преследуются процессуальные цели, например: с помощью процедуры назначения арбитров затянуть разбирательство или даже заведомо создать основания для последующего спора на стадии признания и исполнения

возникшего спора. В частности, в Англии ранее не было прямого запрета на осуществление судьей функций третейского судьи, однако для принятия такого назначения требовалось разрешение лорда-канцлера, в результате чего вынесение судьей арбитражных решений было редкостью.

Существовали лишь фрагментарные законоположения, упрямочивающие судью стать арбитром. Например, Закон о трудовых компенсациях 1925 г. (Working Compensation Act 1925) предоставлял такое право судьям судов графств (county courts), но исключительно тогда, когда дело касалось компенсаций. Безусловное право судей на выполнение функций арбитра впервые было закреплено в качестве общей законодательной нормы в ст. 4 Закона об отправлении правосудия 1970 г. (The Administration of Justice Act 1970). Подобные назначения нечасто, но все же встречаются.

Насколько правильно разрешать действующим судьям «подрабатывать» арбитрами – вопрос философский. К преимуществам такого подхода, помимо прочего, относится приобретение опыта, участие в своего рода повышении квалификации судьей без использования государственных средств, а также осуществление общественно полезной функции по разрешению споров между сторонами. Аргументы противников указанного подхода разнятся от страны к стране. Так, в России опасаются коррупции, допуская, что сторона может «отблагодарить» судью за принятие решения в свою пользу, назначив его

Насколько правильно разрешать действующим судьям «подрабатывать» арбитрами – вопрос философский.
К преимуществам такого подхода, помимо прочего, относится приобретение опыта, участие в своего рода повышении квалификации судьей без использования государственных средств, а также осуществление общественно полезной функции по разрешению споров между сторонами. Аргументы противников указанного подхода разнятся от страны к стране.

арбитром (что подразумевает выплату гонорара), в то время как в Швеции и Англии вряд ли можно услышать даже намек на то, что судья назначен арбитром в коррупционных целях. Западные противники подобных назначений, как правило, считают, что «не стоит использовать государственные ресурсы в частных делах», особенно когда судьи перегружены (именно такие дебаты шли в Палате лордов при обсуждении Закона об отправлении правосудия 1970 г.). Практики также добавляют, что отменить решение арбитража, вынесенное, например, судьей Верховного суда Швеции, крайне затруднительно даже при наличии оснований для этого – судейская «корпорация» защищает своих членов.

В Англии в качестве арбитров гораздо чаще выступают судьи, вышедшие в отставку. У подобного назначения

арбитражного решения. В рамках данного обзора мы попробуем проанализировать наиболее частые случаи, встречающиеся на практике при назначении арбитров, и описать мотивацию сторон арбитражного разбирательства для каждого из них.

Главным фактором, определяющим выбор арбитра, является цель стороны, участвующей в арбитражном разбирательстве. Совсем не всегда такая цель является прямой и очевидной – назначить беспристрастного и квалифицированного арбитра.

Первый случай. Добросовестные намерения

Цель стороны: обеспечить справедливое, быстрое и беспристрастное арбитражное разбирательство. Можно выделить несколько групп арбитров, которые назначаются в таких случаях.

Отечественные ученые-правоведы

Обладают солидной академической репутацией и известностью в сфере международного арбитража. По числу назначений данная группа лидирует с большим отрывом. Ни практикующие юристы, ни тем более специалисты в других областях, не являющиеся юристами, не могут составить ей конкуренцию. Привлекательность для спорящих сторон правоведа-ученого в качестве арбитра объясняется следующими причинами. Во-первых, конечно же, доверием к профессиональным юридическим знаниям такого арбитра. К сожалению, у судей государственных судов в России нет репутации безупречных профессионалов (при этом, безусловно, есть достаточно большое количество судей, чья квалификация является весьма высокой). Часто арбитраж выбирается вместо государственных судов именно как способ добиться грамотного разбирательства, в рамках которого можно приводить самые тонкие и сложные юридические аргументы и быть уверенным, что они будут поняты. Кто, как не ученый-правовед, по чьим учебникам и лекциям учились поколения юристов, является идеальным кандидатом в этом случае?

Во-вторых, в России люди науки, особенно известные академические авторитеты, имеют заслуженную репутацию бесребреников. До сих пор живет вера, что авторство классических монографий, преподавание с университетской кафедры едва ли совместимо с коррупцией.

И наконец, в качестве третьей причины можно привести дефицит информации о кандидатурах, которые могут составить достойную альтернативу известным ученым. При выборе арбитров для разбирательства в российском арбитраже чаще всего стороны обращаются к списку арбитров МКАС при ТПП РФ. При этом, естественно, наиболее знакомыми именами в нем для многих «неискушенных» представителей спорящих

имеется много сторонников, ибо считается, что такие арбитры располагают опытом урегулирования споров и написания решений. В России многие судьи после завершения своей карьеры начинают развивать медиацию и другие способы альтернативного разрешения споров (например, А. К. Большова ранее была председателем Арбитражного суда г. Москвы, а ныне является руководителем Коллегии посредников при ТПП РФ), однако случаи назначения таковых арбитрами можно пересчитать по пальцам.

В Англии в качестве арбитров гораздо чаще выступают судьи, вышедшие в отставку. У подобного назначения имеется много сторонников, ибо считается, что такие арбитры располагают опытом урегулирования споров и написания решений.

Другая тенденция касается назначения барристеров. Не секрет, что юридическая профессия в Англии делится на две большие группы: солиситоров и барристеров. По сути, барристеры являются судебными адвокатами и имеют право выступать в суде, называемое красивым термином «право аудиенции». Барристеры также выступают судьями по назначению тогда, когда не хватает штатных судей для рассмотрения дел. Солиситоры, в свою очередь, хотя и получают право аудиенции в последние годы, в основном не выступают в суде, а занимаются лишь подготовкой необходимых документов.

При этом в сфере международного арбитража сложилась прямо противоположная ситуация: многие арбитражные юристы с удовольствием пробуют адвокатское ремесло в арбитраже. Тенденция же состоит в том, что барристеры также получают большую «порцию» арбитражных назначений. Отметим, что стороны из стран СНГ, которые раньше избирали в качестве арбитров исключительно отечественных научных работников, стали все чаще пользоваться услугами английских барристеров. Например, в инвестиционных арбитражах против Российской Федерации наша страна в последнее время назначает таковыми иностранцев. Лишь при рассмотрении двух дел (а всего против России было начато семь инвестиционных арбитражей) были назначены россияне (опять же научные работники, а не судьи в отставке). Так, в деле *Franz Sedelmayer vs. Russian Federation* от России был назначен профессор И. С. Зыкин (заместитель председателя МКАС при ТПП РФ), а в деле *Vladimir Bershader and Moise Bershader vs. the Russian Federation* – профессор С. Н. Лебедев (в то время заведующий кафедрой международного частного и гражданского права МГИМО, председатель Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ).

Так почему же стороны, в том числе из СНГ, стали отдавать предпочтение барристерам? Факторов немало, отметим лишь некоторые из них:

сторон являются имена ученых-правоведов. В открытых источниках информации о специалистах в сфере международного коммерческого арбитража не так уж много. В основном можно найти резюме практикующих юристов – сотрудников известных отечественных и международных компаний. Информации же, например, о деятельности в качестве арбитров каких-либо специалистов, не являющихся юристами (например, финансистов, специалистов добывающей отрасли, автомобильной отрасли) в открытых источниках практически нет.

Не являются активными арбитрами и бывшие судьи, хотя их процессуальный опыт мог бы быть весьма ценным и в коммерческом арбитраже.

Практикующие юристы и адвокаты

Научно-практическое сообщество в сфере арбитража в России немногочисленно. Достаточно посетить несколько научно-практических конференций по арбитражу, организованных ТПП РФ, МКАС или ICC Russia или иными арбитражными институтами и организациями, чтобы составить вполне четкое представление о том круге профессионалов – ученых и практиков, который активно принимает участие в развитии арбитража в России как альтернативного способа разрешения споров.

Немаловажной частью этого сообщества являются практикующие юристы: партнеры, советники, старшие юристы ведущих международных и некоторых отечественных юридических компаний. В последние годы наметилась тенденция выбора арбитров из числа именно этих специалистов, и в дальнейшем она, скорее всего, будет усиливаться. Глубокие юридические знания,

Часто назначение процессуальным оппонентом «неименитого» арбитра, да еще из «коммерческой» юридической фирмы воспринимается как сигнал, что «дело нечисто», и часто служит причиной подобных ответных действий, чтобы «как-то уравновесить ситуацию». Остается только ждать, что со временем это восприятие изменится.

большой процессуальный опыт, практический подход, современные стандарты юридического сервиса делают назначение таких арбитров весьма привлекательным.

Для поддержки этой тенденции, на наш взгляд, стоит уделить большее внимание информированию об этом направлении деятельности, причем информация должна быть адресована не специалистам по арбитражу (которые и так хорошо осведомлены о деятельности коллег), а самым широким бизнес-кругам.

Специалисты, не являющиеся юристами

В Регламенте МКАС при ТПП РФ отсутствует требование о том, чтобы арбитр обязательно был юристом. В некоторых спорах, касающихся специфических об-

- во-первых, российские стороны начали осознавать, что барристеры могут быть независимыми и беспристрастными не менее, чем российские ученые, и это нисколько не препятствует занятию барристером активной позиции с целью избежать нарушения прав назначившей его стороны;
- во-вторых, российские бизнесмены стали часто подчинять совершаемые сделки английскому праву, а в такой ситуации сторона разумно стремится назначить арбитром квалифицированного английского юриста, ибо даже самый известный российский ученый-компаративист знает английское право не так хорошо, как английский барристер;

Организация работы барристеров в Англии подразумевает, что каждый из них представляет собой своего рода компанию одного лица, т.е. они не имеют общих интересов, не делят между собой прибыль и, сидя под одной крышей, *de jure* являются независимыми по отношению друг к другу. Руководствуясь данной логикой, английские суды полагали, что конфликт интересов отсутствует, когда в состав арбитража входят два барристера из одной коллегии или даже когда представитель стороны и арбитр «сидят под одной крышей».

- в-третьих, барристеры, будучи судебными адвокатами и имея опыт судейской работы по назначению, гораздо эффективнее распределяют свое время на прочтение материалов, подготовку к заседанию, участие в нем и написание решения по сравнению с российскими учеными, вовлеченными в чтение лекций, составление учебников и прочие виды деятельности ради заработка на хлеб насущный и в связи с этим отнюдь не всегда имеющими возможность своевременно подготовиться к рассмотрению дела;
 - в-четвертых, пул российских арбитров, известных за рубежом, сейчас небольшой. Наиболее уважаемые из них, как правило, загружены на 200% и порой не могут выкроить время в течение ближайших двух лет после назначения. Им на смену приходит поколение молодых ученых, но они пока не столь известны, а потому у сторон есть опасения (не всегда оправданные) по поводу того, что два других арбитра не будут должным образом прислушиваться к молодому и не очень известному русскому. При этом в Англии в настоящее время насчитывается несколько сотен барристеров, и у сторон имеется возможность выбора.
- Следует отметить, что назначение барристеров тоже не всегда происходит гладко. Последние годы, в частности, ознаменовались дебатами по поводу конфликта интересов между ними. Организация работы барристеров в Англии подразумевает, что каждый из них представляет собой своего рода компанию одного лица, т.е. они не имеют общих интересов, не делят между собой прибыль и, сидя под одной крышей, *de jure* являются

ластей деятельности, например морских перевозок, производства химикатов, поставки нефтепродуктов, и в иных подобных случаях было бы весьма полезным, если хотя бы один из арбитров был не юристом, а специалистом в той сфере, к которой относится спор. Выбор арбитра со специальной неюридической квалификацией, к сожалению, совершенно не распространен. Во многом это объясняется инерцией мышления: «если процесс и разбирательство, то нужны юристы». У российских коммерсантов пока еще не сложилось полное представление о возможностях арбитража и его отличиях от судебного процесса в государственных судах. Во многом арбитраж пока воспринимается как копия судебного процесса, просто слегка «неформальная».

Наверное, способ быстро изменить эту практику не существует. Возможно, она появится сама по мере накопления опыта арбитража у российского бизнеса.

Иностранные ученые, юристы, специалисты

Очень редко в качестве арбитров назначаются иностранные юристы, ученые или специалисты. Этому явлению можно легко найти несколько объяснений. В списке арбитров МКАС при ТПП РФ преобладают русские арбитры, а большинство указанных в нем арбитражно-иностранцев – это крупные международные авторитеты в области международного арбитража, ведущие активную профессиональную и научную деятельность. Вероятность, что кто-либо из них решит выступить арбитром, например, в споре в МКАС по договору поставки запчастей, невелика. Кроме того, подавляющая часть процессов ведется на русском языке, что также является препятствием для привлечения иностранных арбитров. Ну и наконец, гонорары арбитров в МКАС при ТПП РФ значительно ниже, чем гонорары, которые арбитры могут получить при рассмотрении дел в других арбитражных институтах, таких, как ICC, LCIA или SCC.

На наличие приведенных выше причин указывает и отчет, подготовленный группой по англо-российскому сотрудничеству по развитию Москвы как международного финансового центра (Final Report of ADR Workstream, UK-Russia Liaison group on Moscow as International Financial Centre).

Второй случай. Заведомо дефектное назначение арбитра

Цель стороны: достичь тактической процессуальной цели, например затянуть разбирательство, создать основания для последующего обжалования решения.

Иногда стороной используется тактика последовательного предложения заведомо «непроходных» кандидатур. Например, сначала предлагаются очень именитые иностранные арбитры, мировые величины в сфере арбитража. Вполне очевидно, что, скорее всего, они не примут назначения. После этого сторона предлагает, например, китайского арбитра, не владеющего русским языком, что при ведении разбирательства на русском языке в любом случае приведет к затягиванию процесса (даже если арбитр примет назначение). Иногда одна только

независимыми по отношению друг к другу. Руководствуясь данной логикой, английские суды полагали, что конфликт интересов отсутствует, когда в состав арбитража входят два барристера из одной коллегии или даже когда представитель стороны и арбитр «сидят под одной крышей». В частности, именно поэтому стало возможным представление истца и ответчика в деле «Березовский против Абрамовича» уважаемыми барристерами из одной и той же коллегии.

Однако иностранные суды и юристы справедливо отмечают наличие существенных связей между барристерами одной коллегии. По сути, английские chambers очень похожи на российские коллегии адвокатов. Можно

Иностранные суды и юристы справедливо отмечают наличие существенных связей между барристерами одной коллегии. По сути, английские chambers очень похожи на российские коллегии адвокатов.

ли утверждать, что конфликт интересов отсутствует, если один адвокат коллегии выступает арбитром, а другой — представителем истца? Прежде всего, барристеры делят расходы и (если можно так выразиться) «делят клерков», выполняющих для них черновую работу. Кроме того, пребывание в одной коллегии позволяет барристерам регулярно общаться между собой и устанавливать какие-либо личные отношения. В такой ситуации у третьего лица могут быть разумные сомнения в независимости и беспристрастности арбитра. Так, в деле *Hrvatska Elektroprivreda vs. The Republic of Slovenia*, рассматриваемом по регламенту Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (также известному под аббревиатурой ICSID), был отведен председатель состава арбитража, поскольку, несмотря на юридическую фикцию о независимости всех барристеров, существует достаточно оснований для того, чтобы сомневаться в независимости и беспристрастности последних. Видимо, данная тенденция и дальше будет получать свое развитие, вследствие чего все труднее будет обосновать назначение барристеров из одной коллегии.

Наконец, последняя новость в мире назначений связана со знаменитым делом *Jivraj vs. Hashvani*, где арбитражная оговорка в контракте предусматривала, что арбитры должны быть исмаилитами (приверженцами мусульманской шиитской секты), и на этом основании оспаривалось решение о назначении арбитром английского судьи в отставке Колмана. Решение апелляционного суда о том, что такое положение договора в соответствии с законодательством Европейского сообщества должно рассматриваться как дискриминирующее судью Колмана по признаку национальности и вероисповедания, грянуло, как гром среди ясного

процедура назначения арбитров может занять в итоге не один месяц. Например, в деле МКАС № 131/2008 она заняла более семи месяцев.

Бороться с такой тактикой очень непросто, поскольку действия недобросовестной стороны вполне в рамках регламента и с формальной точки зрения правомерны. Факт злоупотребления доказать сложно, и у самого арбитражного института не так уж много механизмов воздействия на стороны на этапе формирования состава арбитража.

Третий случай. Недобросовестные намерения, назначение «своего» арбитра

К сожалению, иногда возможность выдвинуть арбитра воспринимается стороной как возможность ввести в состав арбитра «своего» человека, который «решит все вопросы». Чаще это, конечно, происходит при разбирательствах в «карманных» третейских судах. Сама по себе подобная практика едва ли требует подробных комментариев и предложений по борьбе с ней. Эта тема и так горячо обсуждается в обществе и далеко не ограничивается проблемами коррупции в арбитраже.

Однако стоит отметить, что среди негативных последствий этого подхода есть и такое — формирование недоверия к молодым арбитрам, квалифицированным, но еще не достигшим известности, сопоставимой с академической известностью ведущих ученых-правоведов. В итоге часто назначение процессуальным оппонентом «неименитого» арбитра, да еще из «коммерческой» юридической фирмы воспринимается как сигнал, что «дело нечисто», и часто служит (к большому сожалению) причиной подобных ответных действий, чтобы «как-то уравновесить ситуацию». Как уже сказано выше, остается только ждать, что со временем это восприятие изменится. Есть повод для оптимизма: сейчас сформировалось яркое поколение молодых юристов (ученых и практиков), чьи профессионализм и энергия достойны восхищения и широкого профессионального признания. Чем больше будет дел с их участием, тем более доверительно общество будет относиться к новым и пока еще не широко известным арбитрам. Со временем это разрушит обидный стереотип.

Кроме того, наверняка будет расширяться и усложняться правоприменительная практика относительно оценки беспристрастности арбитров. Сейчас ее не назовешь широкой. Таких ярких обсуждений и дискуссий по вопросам назначения арбитров, как, например, в Великобритании, наша практика пока не знает. Она основана на применении Руководства Международной ассоциации юристов по конфликту интересов в международном арбитраже и на Приказе ТПП РФ от 27 августа 2010 г. № 39 «О правилах беспристрастности и независимости третейских судей».

Пока что пристрастность арбитров устанавливается в совсем уж явных случаях, прямо предусмотренных Руководством (Определение ВАС РФ от 30 января 2012 г. № ВАС-15384/11). Более того, иногда оспаривание беспристрастности арбитров также осуществляется не с прямой, а с косвенной целью — поставить под сомнение

неба. Особую пикантность придало ситуации то, что во многих регламентах действуют определенные ограничения по национальности арбитров. В частности, в регламентах Лондонского международного третейского суда (LCIA) и Арбитражного суда МТП (ICC) соло-арбитр или председатель состава арбитража при определенных обстоятельствах не может быть той же национальности, что и какая-то из сторон. Все арбитражное сообщество Англии (да и многих других стран) жило в ожидании решения Верховного суда Соединенного Королевства по этому делу, были написаны десятки статей. Всех интересовал вопрос, будут ли признаны действительными положения регламентов об ограничениях по принципу национальности. Верховный суд отменил решение Апелляционного суда и согласился с тем, что ограничения по признаку национальности или вероисповедания не должны рассматриваться как дискриминация в случае с арбитражными назначениями. Все вздохнули с облегчением, но буквально на днях оказалось, что решение Верховного суда было обжаловано в Суд Европейских сообществ, т.е. ставить точку в данном споре еще рано. А пока все вернулось на круги своя, и жаркие дебаты о влиянии происхождения человека и его веры на беспристрастное рассмотрение спора продолжают.

Таким образом, арбитраж, как живой организм, постепенно видоизменяется, в частности это касается назначения арбитров. В то же время правовая культура Англии, которая формировалась даже не годами, а веками, дает основание надеяться на светлое будущее арбитража в этой стране. ¹¹

состоявшееся арбитражное решение. Например, это имело место в деле *Erick van Egeraat Associated Architects vs. Kanumal Group* (Постановление ФАС Московского округа от 27 августа 2009 г. № КГ-А40-51596/09-68-437), когда была предпринята попытка оспорить беспристрастность такого всеми уважаемого арбитра, как М. П. Бардина, на том основании, что она принимала участие в научной конференции, информационным спонсором которой (наряду с другими лицами) была юридическая компания, в которой работал представитель одной из сторон.

Интересным также был спор о том, может ли в качестве представителя стороны по делу участвовать лицо, внесенное в списки арбитров МКАС, если арбитр или арбитры также выбраны из этого списка. Эта дискуссия отчасти близка западным дискуссиям по поводу того, могут ли барристеры, состоящие в одной палате (chamber), участвовать в одном арбитражном разбирательстве. ВАС РФ высказал свою точку зрения, указав, что факт включения арбитров в один и тот же список не означает автоматического возникновения служебной связи между числящимися в нем лицами и не может являться безусловным доказательством пристрастности арбитра (Определение ВАС РФ от 5 декабря 2011 г. № ВАС-14097/11).

Подводя итог, хочется отметить, что развитие арбитража и правоприменительной практики в России в последние годы, активность профессионального сообщества, а также повышение информированности бизнес-кругов дают повод для оптимизма. Скорее всего, произойдет изменение сложившегося консервативного подхода к назначению арбитров, стороны будут выбирать из большего числа кандидатов с разной квалификацией, опытом и национальностью, что обогатит нашу арбитражную практику, придаст ей многообразие и глубину. ¹¹

+++ legal news 24/7 +++ legal news 24/7 +++ legal news 24/7 +++

Посетите наши сайты



legalinsight.ru • legalsuccess.ru • bestlegaldepartments.ru

Дружите с нами на Facebook



facebook.com/legalinsight



facebook.com/legalsuccess



linkedin.com/company/infotropic-media

Следите за нами на Твиттере



twitter.com/legal_insight