

Независимость и беспристрастность арбитров в инвестиционных спорах



Р. М. ХОДЬКИН, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД РФ, советник международной юридической фирмы «Clifford Chance», кандидат юридических наук

Статья посвящена понятиям независимости и беспристрастности арбитров применительно к инвестиционным спорам. Помимо общих замечаний о независимости и беспристрастности, в статье рассматриваются возможность отвода арбитров по таким основаниям, как гражданство, трудовые отношения арбитра с государством и представление арбитром интересов другого государства-участника международного договора.

Ключевые слова: арбитраж, третейский суд, независимость и беспристрастность арбитра, гражданство арбитра, Арбитражный суд при Международной торговой палате, Лондонский международный третейский суд, Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма, МКАС, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, МЦУИС.

В последнее время в юридической литературе по международному арбитражу огромное внимание уделяется проблеме независимости и беспристрастности арбитров. Вызвано это, прежде всего, усложнением структуры отношений, в которые арбитр может быть потенциально вовлечен, и которые могут привести к конфликту интересов. Среди современных изменений следует отметить слияния и поглощения юридических фирм, результатом которых становится укрупнение юридического бизнеса и создание транснациональных юридических фирм, в которых вероятность возникновения конфликта интересов значительно выше.

Для упрощения процедуры рассмотрения вопросов о независимости и беспристрастности арбитра были разработаны Руководящие принципы международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration)¹, которые на сегодняшний день являются авторитетным сводом правил для определения отношений, являющихся основаниями для отвода арбитров, а также тех отношений, которые по общему правилу на независимость и беспристрастность арбитров влиять не должны.

В настоящей статье сфокусируемся на основаниях независимости и беспристрастности арбитров, которые в силу своей специфики относятся к инвестиционным арбитражным разбирательствам.

¹ Одобрены 22 мая 2004 г. Советом международной ассоциации юристов. На русском языке см.: Третейский суд. 2008. № 2. С. 33-52.

Основное правило и исключения

Основным правилом касательно арбитров в международном коммерческом и инвестиционном арбитражах остается то, что арбитр должен быть независимым и беспристрастным при рассмотрении спора. Этот подход прямо отражен, например, в ст. 5 (2) Регламента Лондонского международного третейского суда, которая изложена следующим образом: *«Все арбитры, осуществляющие арбитражное разбирательство согласно данному Регламенту, должны быть и оставаться на все время проведения арбитражного разбирательства беспристрастными и независимыми от сторон и не должны выступать в качестве защитников интересов той или иной стороны»*².

Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (далее также — МКАС) в § 3 предусматривает: *«При выполнении своих функций арбитры беспристрастны и независимы»*.

Общий смысл термина «независимость» подразумевает отсутствие ненадлежащих связей арбитра, а «беспристрастность» — отсутствие предубеждения³, хотя большинство законов о международном коммерческом арбитраже и регламентов арбитражных институтов воздерживаются от формального определения этих терминов, оставляя их толкование на усмотрение состава арбитража или назначающего органа.

Как эти критерии соотносятся между собой? Может ли арбитр быть отведен, если он является беспристрастным, но не является независимым или наоборот?

Некоторые законы, прямо не говорящие о том, что арбитр должен быть независимым и беспристрастным, все-таки предусматривают отсутствие одного из критериев — независимости или беспристрастности арбитра — как основания для отвода арбитра. Например, ст. 12 (2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже предусматривает: *«Отвод арбитра может быть заявлен только в том случае, если существуют обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости...»*.

Как видно, данная норма говорит, что независимость и беспристрастность являются самостоятельными основаниями для отвода арбитра. Этот подход воспринят в большом количестве национальных законодательств, в том числе в России⁴, ФРГ, Нидерландах, а также в регламентах многих институционных арбитражей⁵.

В то же время в некоторых странах или арбитражных институтах учитывается только одно из этих двух требований.

Статья 180 (1) Швейцарского закона о международном частном праве предусматривает, что арбитр должен быть независимым.

Регламент Арбитражного суда при Международной торговой палате (далее — Арбитраж МТП) в ст. 7 (1) устанавливает правило: *«Любой арбитр должен быть и оставаться независимым от спорящих сторон»* (выделено

² Текст Регламента на русском языке: <http://www.lcia.org/> (дата посещения — 21.05.2010).

³ Park W. W. Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent // San Diego Law Review. Vol. 46. № 3. Summer 2009. P. 653.

⁴ Статья 12 (2) Закона РФ от 07.07.1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

⁵ См.: ст. 5 (2) Регламента Лондонского международного третейского суда; § 3 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ.

нами — Авт.). То есть в обоих случаях ничего не говорится о беспристрастности арбитра.

Насколько нам известно, решение не включать требование о беспристрастности в ст. 7 принадлежит Роберту Бриннеру, одному из разработчиков Регламента МТП. При этом, идея Р. Бриннера состояла в том, что на момент назначения арбитра сторона не может судить о его пристрастности или беспристрастности, поэтому основанием к отводу должны быть лишь объективные связи, которые могут свидетельствовать о его зависимости от сторон, в то время как о беспристрастности можно судить только после начала разбирательства, т. е. значительно позже назначения. Интересно отметить, что при обсуждении новой редакции Регламента МТП опять разгорелась дискуссия о необходимости включения беспристрастности в качестве самостоятельного критерия⁶. В литературе высказывается мнение, что требование о небеспристрастности следовало включить в ст. 7 (1) Регламента МТП, в то время как даже по действующему Регламенту МТП пристрастность арбитра должна рассматриваться как основание для его отвода, несмотря на отсутствие прямого указания об этом⁷.

Что же касается Швейцарского закона о международном частном праве, то многие авторы считают, что неправильно накладывать на арбитра, назначенного стороной, такие же обязательства по беспристрастности, какие применяются к судьям государственных судов, поэтому исключение было сделано специально⁸.

Тем не менее, в некоторых странах во главу угла ставится именно беспристрастность арбитра, а не его независимость. Например, ст. 24 английского закона об арбитраже 1996 года (Arbitration Act 1996) предусматривает, что арбитра может быть отведен только по основаниям его небеспристрастности, но при этом умалчивает о его независимости.

Это ограничение является осознанным решением законодателя не налагать обязательства по независимости на арбитров⁹. Английский законодатель исходил из двух предпосылок. Во-первых, в качестве первичного основания для отвода арбитров рассматривалось именно его внутреннее отношение к спору и сторонам, а не некие внешние факторы в виде определенных рабочих или личных связей со стороной или ее представителем. Иными словами, законодатель исходил из того, что можно оставаться беспристрастным и при наличии определенной связи со стороной или ее представителем, и наоборот. Во-вторых, при использовании этой формулировки законодатель исходил из особенностей английского юридического рынка, в частности, из того, что этот рынок тесно взаимосвязан и найти арбитра, который абсолютно независим, весьма проблематично. К примеру, не просто найти арбитра из крупной

⁶ Работа над текстом нового регламента велась группой из 175 специалистов по арбитражу из 41 страны мира. Новый текст регламента в ближайшее время будет опубликован, планируется, что он вступит в силу с 1 января 2012 г. См.: Ross A. New ICC Rules Are Ready (<http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29558/new-icc-rules-ready/>; дата посещения — 24.06.2011).

⁷ Derains Y., Schwartz E. A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2nd ed. The Hague, Kluwer Law International, 2005. P. 116–117.

⁸ Peter and Freymond in Berti (ed), International Arbitration in Switzerland, article 180, para. 10. Цит. по: Lew J., Mistelis L., Kroll S. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003. P. 257.

⁹ DAC Report, §§ 102–104.

юридической фирмы и обеспечить, чтобы эта фирма никогда не оказывала услуг ни одной из сторон арбитражного разбирательства (особенно, если этой фирме больше 100 лет). Если юридическая фирма, в которой работает арбитр, 5 лет назад оказывала услуги одной из сторон арбитражного разбирательства, то есть вероятность того, что кто-то сможет утверждать о существовании некой объективной связи (зависимости) между этой стороной и арбитром. Английский закон об арбитраже 1996 года ставил своей целью исключить отводы арбитров именно по этим основаниям.

Рассмотрение независимости или беспристрастности с точки зрения первичности для арбитров есть предмет для самостоятельного и детального исследования, а потому выходит за рамки настоящей статьи. Однако представляется целесообразным озвучить некоторые предварительные замечания.

Не исключено, что могут существовать ситуации, в которых арбитр зависим от сторон, но при этом сохраняет беспристрастность, т. е. по сути отсутствует необходимость в его отводе. В то же время, пристрастность может возникнуть на основании личностных качеств — это состояние, основанное на собственном мировоззрении, моральных принципах, психике арбитра и установить его отношение к делу возможно далеко не всегда.

Как справедливо отмечается в отечественной литературе, «...доказывание, равно как и оценка представляемых по такому случаю доказательств отсутствия беспристрастности или, наоборот, наличия пристрастности арбитра, является процессом чрезвычайной сложности, поскольку должно доказываться особое психологическое и интеллектуальное состояние арбитра по отношению к одной из сторон в процессе, т. е. необходимо оценить на основании объективных данных субъективное состояние лица»¹⁰. В то же время, наличие определенных связей является объективным критерием, который гораздо легче установить. В большинстве случаев арбитр, лично заинтересованный в исходе дела, будет осознанно или подсознательно способствовать получению положительного результата той стороной, в которой он имеет интерес. Представляется, что именно невозможность установить внутреннее отношение арбитра к спору или сторонам стало одной из причин установления объективного критерия для отвода — связь арбитра с одной из сторон или ее представителем.

Таким образом, представляется, что первичным в определении оснований для отвода арбитра должно являться именно отсутствие беспристрастности, но, поскольку внутреннее состояние определенного лица определить крайне затруднительно, в большинстве случаев разумно использовать критерий «независимости», исходя из предпосылки, что зависимый арбитр может быть пристрастным при рассмотрении дела.

Специфические основания отвода арбитров по мотиву зависимости или пристрастности в инвестиционном арбитраже

Основания для отвода арбитров в международном коммерческом арбитраже могут также распространяться и на арбитров, назначенных для рассмотрения

¹⁰Васильев Е. А. Формирование состава арбитража. Квалификация арбитров // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража. К 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Отв. ред. А. С. Комаров. М., 2002. С. 64.

дела в порядке инвестиционного арбитража. Например, отвод, вероятно, будет удовлетворен в ситуации, когда арбитр и представитель одной из сторон работают в одной и той же юридической фирме (данное основание может быть применено как в коммерческом, так и в инвестиционном арбитраже).

Учитывая, что проблеме независимости и беспристрастности арбитров в международном коммерческом арбитраже посвящено большое количество юридической литературы, нет смысла повторять эти доводы еще раз здесь. Наша цель — выявить специфические основания для отвода арбитров в инвестиционных спорах, не присущие арбитражу коммерческому.

Гражданство

Как известно, инвестиционные арбитражи могут проходить в соответствии с различными регламентами. Соглашения о защите инвестиций, которые в России также называются «Соглашения о поощрении и защите капиталовложений», как правило, предоставляют инвестору выбор между несколькими юрисдикционными органами (например, выбор между государственными судами, Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС)¹¹ и арбитражем *ad hoc*, проводимым по регламенту ЮНСИТРАЛ).

Поскольку передача спора в МЦУИС невозможна, если государство стороны спора не ратифицировало Вашингтонскую конвенцию 1965 года об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств (далее — Вашингтонская конвенция 1965 года), разработаны Дополнительные правила МЦУИС (ICSID Additional Facilities Rules), позволяющие передавать споры на рассмотрение МЦУИС даже в отношении таких государств.

Гражданство рассматривается в литературе как пример связи по отождествлению с определенной группой¹². При этом регламенты институционных арбитражей по-разному подходят к проблеме гражданства арбитров.

Если Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже прямо предусматривает в ст. 11: *«Ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны не договорились об ином»*, то многие регламенты институционных арбитражей предусматривают, что единоличный арбитр или председатель не может иметь гражданство одной из сторон¹³.

Надо сказать, что Вашингтонская конвенция 1965 года, которая специально создавалась для рассмотрения споров в порядке инвестиционного арбитража, подходит к вопросу определения гражданства арбитров еще более жестко. В частности, в ст. 39 указано: *«Большинство арбитров должны быть гражданами иных государств, нежели Договаривающееся государство, являющееся Стороной в споре, и Договаривающееся государство, физическое или юридическое лицо которого является Стороной в споре; при этом, однако, приведенные выше положения настоящей статьи не применяются*

¹¹International Center for Settlement of Investment Disputes. В российской юридической литературе этот центр сокращенно именуют МЦУИС, хотя в мире распространено обозначение английской аббревиатурой ICSID.

¹²Park W.W. Op. cit. P. 636.

¹³Напр., ст. 6.1 Регламента Лондонского международного третейского суда; ст. 9 (5) Регламента Арбитражного суда МТП и другие.

в случае, когда единственный арбитр или любой отдельный член Суда назначается по соглашению Сторон».

Дополнительные правила МЦУИС в ст. 7 также предусматривают, что большинство арбитров не должно иметь гражданство одной из сторон, участвующих в споре, а арбитры, назначаемые председателем административного совета МЦУИС, не могут иметь гражданства одной из сторон¹⁴.

При этом, ни Вашингтонская конвенция 1965 года, ни Дополнительные правила МЦУИС не исключают того, что в составе арбитража может быть лицо, имеющее гражданство одной из сторон, а лишь ограничивает возможность формирования большинства по признаку гражданства (например, нельзя привлекать к разрешению спора двух арбитров, имеющих то же гражданство, что истец и ответчик). В то же время, бывают ситуации, когда соблюдение этих норм порождает несправедливый результат. Так, если истец назначает арбитра с гражданством «своей» страны, то другая сторона автоматически лишается права на назначение своего гражданина в качестве арбитра¹⁵. Чтобы исправить эту несправедливость, ст. 1 (3) Регламента МЦУИС закрепила положение о том, что, если спор рассматривается тремя арбитрами, стороны не могут назначить арбитра, имеющего гражданство любой стороны, без согласия другой стороны арбитражного разбирательства.

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (ссылки на который также часто встречаются в двухсторонних соглашениях о поощрении и защите капиталовложений России с КНР, Сирией, Лаосом, Арменией, Болгарией, Литвой, ЮАР, Молдовой, Японией, Турцией, Аргентиной, Норвегией, Италией и др. (всего 53 государства)) подходит к вопросу гражданства менее категорично. Статья 6 Регламента ЮНСИТРАЛ говорит о том, что компетентный орган, производя назначение, «принимает во внимание целесообразность назначения арбитра иной национальности, чем национальности сторон»¹⁶.

Далее, если обратиться к регламенту Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, то он также не содержит категоричных запретов по вопросу гражданства, а лишь говорит о том, что при назначении «принимается во внимание национальность».

Также в некоторых случаях заявляются отводы не только по признаку гражданства, но и в случае наличия иной устойчивой связи лица с государством. В практике встречались примеры, когда была предпринята попытка отвода арбитра, прожившего в стране учреждения истца 12 лет, однако такой отвод был отклонен¹⁷.

¹⁴См.: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AdditionalFacilityRules.jsp> (дата посещения — 15.06.2010).

¹⁵The ICSID Convention: A Commentary / Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Antony Sinclair, Cambridge University Press, 2009. P. 501.

¹⁶Необходимо отметить, что термин «национальность» в регламентах арбитражных институтов используется как синоним слова «гражданство», т. е. как устойчивая политико-правовая связь человека с определенным государством. Хотя ст. 19 Конституций РФ предусматривает, что запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признаку национальной принадлежности, следует иметь в виду, что многие международные договоры, национальное законодательство и регламенты арбитражных институтов рассматривают эти два термина как синонимы (см., напр., ст. 1, 3 Конвенции 1955 г. о регулировании коллизий между национальным законом и законом domicilio).

¹⁷См.: Вайтселл А. М. Независимость в арбитраже МТП: практика Суда МТП, касающаяся назначения, утверждения, отвода и замены арбитров // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 1. С. 119.

Есть ли какая-то логика в ограничении права стороны назначить арбитра с тем же гражданством, что и сама сторона? Очевидно, что ограничение по признаку гражданства имеет свои преимущества и недостатки.

Часто среди причин подобного ограничения указывается необходимость избегать давления государства на арбитра, который находится в той же стране. Одним из хрестоматийных примеров является дело *Himpurna California Energy Ltd v. Republic of Indonesia*, в котором индонезийский профессор Priatna Abdurrasyid, назначенный Индонезией в качестве арбитра, был похищен в аэропорту после того, как отказался выполнять требования назначившего его государства и покинул Индонезию. Также встречаются ссылки на то, что в некоторых ситуациях арбитры, назначенные государством, вынуждены писать особое мнение, несмотря на то, что они согласны с мнением большинства арбитров¹⁸.

В то же время ограничение права на выбор арбитра по признаку гражданства вызывает и обоснованные замечания.

Прежде всего, назначение арбитра той же национальности дает стороне больше уверенности в том, что культурные различия не помещают арбитру воспринять доводы стороны. Известно, что психологический подтекст восприятия арбитров может значительно различаться в зависимости от их гражданства, образования, опыта, вероисповедания, мировоззрения и т. п. В результате, если состав арбитража состоит только из арбитров иного государства, чем государство стороны, то такая сторона может иметь опасения в том, что ее аргументы будут не восприняты или неправильно истолкованы составом арбитража.

Кроме того, запрещение на назначение арбитра, имеющего гражданство одной из сторон, может приводить и к практическим трудностям. Так, в деле *Andersen Consulting v. Arthur Andersen & Andersen Worldwide* (1999)¹⁹ участвовало 140 сторон из различных стран, в результате чего было крайне затруднительно найти квалифицированного арбитра, который бы не имел гражданства ни одной из сторон.

Наконец, в недавнем решении английского апелляционного суда по делу *Jivraj v. Hashwani*²⁰ была признана недействительной арбитражная оговорка, которая предусматривала, что арбитры должны быть исмаилитами (приверженцами мусульманской шиитской секты), поскольку суд посчитал, что такая оговорка нарушает законодательство европейского союза, запрещающего дискриминацию работника по признаку национальности или вероисповедания. Оставляя в стороне правильность вывода о том, что арбитр является работником сторон, хочется отметить, что в данном случае суд критически отнесся к возможности ограничения выбора арбитров по признаку национальности. Решение апелляционного суда было обжаловано в Верховный Суд Англии, но на данный момент решение Верховного Суда еще не принято.

Сказанное подтверждает, что гражданство является в некоторых случаях основанием для отказа в назначении или отводе арбитра по мотиву отсутствия независимости или беспристрастности. Особое значение это требование получает

¹⁸ См.: Blessing M. State Arbitrations: Predictably Unpredictable Solutions? // *Journal of International Arbitration* 22 (6), 2005. P. 438.

¹⁹ См.: 10 (4) *American Review of Internal Arbitration*. P. 437.

²⁰ [2009] EWHC 1364 (Comm).

в инвестиционных арбитражах ввиду того, что Вашингтонская конвенция 1965 года, Регламент МЦУИС и Дополнительные правила МЦУИС вводят более жесткие ограничения на назначение арбитров, имеющих гражданство стороны арбитражного разбирательства.

Трудовые отношения арбитра

Хотя трудовые отношения сами по себе являются основанием, которое в некоторых случаях может служить причиной отвода и в международном коммерческом арбитраже, применительно к инвестиционным спорам имеется определенная специфика. Эта специфика проявляется в том, что в качестве стороны арбитражного разбирательства в данном случае выступает государство, которое одновременно является работодателем по отношению к большому количеству людей.

В частности, в инвестиционном арбитраже может возникнуть вопрос о независимости/беспристрастности следующих арбитров:

— судей государственных судов (так, в одном из дел государство–ответчик назначило в качестве арбитра судью государственного суда. Истец возражал, утверждая, что арбитр должен рассматриваться как работник государства, кроме того, судья имел отношение к предыдущему решению, связанному с новым спором, а потому имеет доступ к информации, которая недоступна другим членам состава арбитража)²¹;

— служащих государственных министерств и ведомств;
— профессорско–преподавательский состав высших учебных заведений²²;
— научные сотрудники государственных научно–исследовательских институтов.

В случаях, когда арбитр в момент рассмотрения находится на государственной службе или иным образом состоит в трудовых отношениях с государством и сторона решает заявить отвод такому арбитру или возразить против его назначения, отводы/возражения часто удовлетворяются²³.

Наряду с этим существуют определенные факторы, при наличии которых кандидат, состоящий или состоявший на государственной службе, все–таки назначается арбитром, или его отвод отклоняется.

Как первое основание учитывается временной фактор. Редко усматривают основания для отвода в отношении арбитров, которые уволились с государственной службы 10 и более лет назад. При этом, даже если арбитр занимал должность министра 20 лет назад, стороны не всегда рассматривают это как основание для возражений о неспристрастности арбитра²⁴.

Второй момент: принимается во внимание должность арбитра, которую он занимал на государственной службе. Так, в одном из дел, рассматриваемых Арбитражным судом МТП, истец возражал против арбитра, предложенного ответчиком, государственной стороной, утверждая, что он работал на правительство этого государства в качестве сотрудника Министерства юстиции

²¹ Вайтселл А. М. Указ. соч. С. 109.

²² Например, в деле *Berschader v. Russia*, SCC Case № 080/2004 был заявлен отвод профессору С. Н. Лебедеву в связи с тем, что он является профессором МГИМО (У) МИД России, т. е. получает доход от государства. Отвод был отклонен.

²³ См., напр.: Вайтселл А. М. Указ. соч. Дело 11. С. 119.

²⁴ Вайтселл А. М. Указ. соч. С. 105, 106.

и как генеральный прокурор, и что он выступал в качестве советника защиты для правительства в ряде арбитражных разбирательств МТП. Ответчик заявил, что кандидат прекратил быть сотрудником правительства почти 4 года назад. Более того, кандидат не работал на государственный департамент, непосредственно ответственный за проект, являющийся предметом спора. Несмотря на возражения истца, арбитр был утвержден²⁵.

Третье: в некоторых случаях просто невозможно найти квалифицированного арбитра, который бы не состоял на государственной службе. В литературе указывается на то, что подходить к этому вопросу нужно деликатно по двум причинам. Во-первых, в некоторых странах с развивающейся экономикой количество квалифицированных арбитров чрезвычайно мало и государство может не иметь возможность выбрать кандидатуру из числа лиц, не работающих на государство в какой-либо ипостаси. Во-вторых, желательно поощрять участие государств в международных арбитражных разбирательствах.²⁶

Представления другого государства-участника международного договора

Может ли быть достаточным основанием для отвода арбитра представление им другого государства, которое участвует в том же международном договоре, что и государство по спору?

В этой связи обратимся к нескольким делам, которые касались Северо-Американского соглашения о свободной торговле (North-American Free-Trade Agreement), именуемого также NAFTA. Этот международный договор заключен между США, Канадой и Мексикой.

Статья 1120 NAFTA предусматривает, что инвестор вправе начать арбитраж в соответствии с Вашингтонской конвенцией 1965 года, Дополнительными правилами МЦУИС или арбитраж *ad hoc* по регламенту ЮНСИТРАЛ, хотя в некоторых случаях споры не подпадают в предметную компетенцию МЦУИС²⁷.

В недавно рассмотренном отводе по делу *Vito G. Gallo v. Government of Canada*²⁸, где спор, основанием которому послужило предполагаемое нарушение NAFTA, было установлено, что г-н К. Томас, назначенный в этом деле арбитром со стороны Канады, в другом разбирательстве представляет интересы Мексики — другого участника NAFTA.

В другом деле, вытекающем из предполагаемого нарушения NAFTA, арбитр являлся зарегистрированным лоббистом по межправительственному соглашению между США и Канадой касательно поставки леса хвойных пород²⁹. Спор между США и Канадой по этому поводу длился еще с XIX века и был урегулирован только в 2006 году. По сути затянувшийся спор касался вопроса о том, можно ли признать, что канадская лесная промышленность получает преимущества из-за того, что все леса принадлежат государству³⁰. Арбитром был взят самоотвод.

²⁵ Там же. С. 103.

²⁶ Там же. С. 96.

²⁷ Lew J., Mistelis L., Kroll S. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague/London/ New York: Kluwer Law International, 2003. P. 771.

²⁸ Решение см.: <http://ita.law.uvic.ca/> (дата посещения — 15.06.2010).

²⁹ S. D. Myers, Inc v. Government of Canada. Решение см.: <http://ita.law.uvic.ca/> (дата посещения — 15.06.2010).

³⁰ Более подробно об этом споре см.: Рогожников М. Л. Противоречия в современных американо-канадских отношениях: торговый спор из-за канадских лесоматериалов // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2005. № 4. С. 66–74.

В чем же отличие между NAFTA и, скажем, Вашингтонской конвенцией 1965 года? Почему, например, не отводят арбитров по делу, рассматриваемому МЦУИС, в связи с тем, что они представляют другое государство–участника Вашингтонской конвенции 1965 года?

Одной из причин является то, что ст. 1128 NAFTA предусматривает возможность консолидации разбирательств, т. е. любое государство–участник может присоединиться к участию в разбирательстве. В этой связи потенциальный конфликт интересов может усматриваться, по крайней мере, в двух сферах. С одной стороны, государство–клиент может потребовать от арбитра консультацию о необходимости вступать в это арбитражное разбирательство, что уже потенциально приводит к конфликту интересов. С другой стороны, если третье государство все–таки решит присоединиться к участию в арбитражном разбирательстве, то конфликт интересов арбитра станет очевидным и придется заново формировать состав арбитража. Как видно, эти обстоятельства являются достаточно специфическими и могут, в некоторых случаях, служить основанием для отвода арбитра.

Между тем, представление интересов государства–участника NAFTA в споре, никак с этим международным договором не связанным, является вполне допустимым. Например, в деле *Grand River Enterprises et al v. USA* (NAFTA/ЮНСИТРАЛ) было признано допустимым представлять арбитра стороне в Межамериканской комиссии по правам человека и Комитете ООН по устранению расовой дискриминации.

Что же касается Вашингтонской конвенции 1965 года, то в последнее время все чаще возникают споры о независимости и беспристрастности арбитра, который одновременно является представителем по делу перед комитетом *ad hoc* (специальная процедура для пересмотра решения МЦУИС, предусмотренная ст. 52 Вашингтонской конвенции 1965 года). Например, в решении районного суда Гааги от 5 ноября 2004 г. по делу *The Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad* было установлено, что существуют обоснованные сомнения в независимости и беспристрастности арбитра (профессор Emmanuel Gaillard), который одновременно является представителем по делу *RFFC v. Morocco*.

Все сказанное подтверждает, что в инвестиционном арбитраже встречаются специфические основания арбитров по мотивам отсутствия независимости или небеспристрастности. Учитывая процессы глобализации и бурного развития техники, нельзя также исключать, что в ближайшее время могут появиться и другие сферы, в которых независимость и беспристрастности арбитра по инвестиционному спору может быть под вопросом.