

**М.Ю. Савранский***

профессор кафедры международного частного права
Исследовательского центра частного права
имени С.С. Алексеева при Президенте РФ

Устное слушание в международном коммерческом арбитраже: актуальные вопросы подготовки и проведения

В статье рассмотрены существенные правовые и практические вопросы, возникающие при организации и проведении устных слушаний в третейском разбирательстве трансграничных споров. Автор делает акцент на новеллах российского законодательства об арбитраже и правил арбитража ведущих арбитражных центров по освещаемым вопросам, ссылаясь на недавнюю практику российских и зарубежных государственных судов. Отдельное внимание уделено прогрессивным подходам, направленным на оптимизацию и повышение эффективности разбирательства, в частности, содержащимся в Комментариях ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (редакция 2016 г.), и возможностям их применения в российском арбитраже.

Устное слушание (далее – слушание) занимает особое место в международном коммерческом арбитраже, хотя и не является его обязательным элементом, поскольку по отдельным категориям дел (как правило, несложных) регламентами многих арбитражных центров предусматривается (и допускается применимыми арбитражными законами) упрощенное производство, предполагающее осуществление разбирательства исключительно на основе письменных документов. Тем не менее в подавляющем числе случаев

слушание все же проводится, представляя собой одну из важных стадий арбитражного разбирательства, которая может сыграть весьма значимую роль в его исходе.

Польза слушания заключается в том, что стороны, представители сторон имеют возможность непосредственно перед составом третейского суда изложить свои позиции и представить дополнительные аргументы в их обоснование. Выступления участников процесса, их реплики, дополнения, вопросы к процессуальным оппонентам, свидетелям и экспертам дают возможность акцентировать внимание арбитров на ключевых вопросах в соответствующем ракурсе. Все это, а также возможность задать вопросы участникам слушания помогает арбитрам лучше разобраться в обстоятельствах дела и сформировать

* Автор статьи выступал арбитром более чем в 100 трансграничных спорах, местом арбитража которых являлись Россия и ряд зарубежных стран. Он состоит в рекомендательных списках арбитров МКАС при ТПП РФ, Арбитражного центра при РСПП, а с 2016 г. является заместителем Председателя Арбитражного центра.

ровать более четкое представление о том, как следует разрешить спор.

В соответствии с п. 1 ст. 24 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА) при условии соблюдения любого иного соглашения сторон третейский суд принимает решение о том, проводить ли слушание дела для представления доказательств или для устных прений либо осуществлять разбирательство только на основе документов и других материалов. Однако, кроме того случая, когда стороны договорились не проводить слушания, третейский суд должен провести его на соответствующей стадии арбитражного разбирательства, если об этом просит любая из сторон.

Указанная статья практически аналогична ст. 24 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, в пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к которому указанное право стороны рассматривается в качестве ее основного процедурного права¹.

Таким образом, дискреционные полномочия третейского суда по вопросу о том, проводить или не проводить слушание, ограничены усмотрением сторон, и он может воздержаться от его проведения в двух случаях:

- 1) «когда стороны договорились не проводить устного слушания»; и
- 2) когда при отсутствии такой договоренности ни от одной из сторон не поступит просьбы «провести такое слушание».

Следует констатировать, что для арбитража, процедура которого регулируется Федеральным законом от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон об арбитраже), соглашение сторон о том, чтобы не проводить слушание, должно быть

прямым, т.е. содержаться в их непосредственных договоренностях, а не в правилах арбитража (п. 1 ст. 27 Закона).

Если при наличии соглашения сторон о разбирательстве без проведения слушаний одна из них тем не менее обращается к третейскому суду с просьбой провести его, третейский суд формально вправе отказать в проведении слушания при изложенных обстоятельствах со ссылкой на принцип *pacta sunt servanda*².

Вместе с тем необходимо учитывать, что подобный отказ может дать повод проигравшей дело стороне торпедировать решение третейского суда в компетентном государственном суде, ссылаясь на то, что невозможность дать именно устные пояснения является нарушением императивной нормы-принципа о праве стороны «представить свои объяснения». Таким образом, отсутствие данной возможности может быть расценено как неустрашимый дефект арбитражной процедуры и, несмотря на наличие соответствующей договоренности, стать причиной отмены решения третейского суда или отказа в его принудительном исполнении на основании п. 1(b) ст. V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция), п. 1(b) ст. IX Европейской конвенции о внешне-торговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.), а также соответствующих положений национального процессуального законодательства³.

Рядом арбитражных регламентов предусмотрено правило *expressis verbis*, согласно которому, если представленные сторонами материалы при разбирательстве по документам окажутся недостаточными, третейский суд вправе назначить слушание.

² Об этом, в частности, см.: *Weigand F.-B. Practitioner's Handbook on International Arbitration*. С.Н. Beck, 2002. P. 1243.

³ Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 203.

¹ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. ООН, 2002. С. 25–26 (http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/MAL_Rus.pdf).

Впрочем, если арбитражный состав убедится в том, что он не в состоянии разрешить спор без проведения слушания, против которого возражают стороны, третейский суд может воспользоваться нормой п. 2 ст. 32 Закона о МКА и вынести постановление о прекращении арбитражного разбирательства на том основании, что «продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным»⁴.

1. Подготовка к слушанию

Организация слушания относится к числу важнейших совместных задач арбитражного состава и лиц, осуществляющих администрирование разбирательства, ввиду необходимости принять все меры, направленные на предотвращение торпедирования будущего решения со ссылкой стороны на невозможность изложить свою позицию третейскому суду.

Согласно § 25 Правил арбитража международных коммерческих споров Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ 2017 г. (далее — Правила арбитража МКАС) председатель третейского суда проверяет состояние подготовки дела к разбирательству и по согласованию с другими членами третейского суда принимает меры по подготовке дела к разбирательству.

Такие меры могут состоять, в частности, в установлении графика разбирательства, в котором в зависимости от обстоятельств дела определяются в том числе порядок и сроки представления сторонами дополнительных письменных заявлений, доказательств и иных документов; даются другие указания сторонам с определением сроков их выполнения; могут определяться время, место и порядок слушания дела, а также круг вопросов, предполагаемых к рассмо-

трению на нем, исходя из возможных стадий разбирательства дела.

Вместе с тем, перед тем как назначить заседание и сформировать процессуальный график, членам третейского суда, прежде всего его председателю, целесообразно выявить процедурные особенности конкретного разбирательства, для чего следует обратиться к рассмотрению и сопоставлению текстов непосредственного арбитражного соглашения и применимых правил арбитража, а также арбитражного закона, изучению позиций и ходатайств сторон (при их наличии), процессуальных действий, совершенных арбитражным учреждением, в том числе по уведомлению сторон, формированию состава третейского суда.

Прежде всего следует обратить внимание на положения контракта, касающиеся порядка урегулирования разногласий и разрешения споров, в том числе предусматривающие претензионные либо иные доарбитражные процедуры урегулирования спора.

Важно отметить, что некоторые дополнительные договоренности сторон, касающиеся арбитража, могут быть изложены не в разделе «Разрешение споров», а в иных разделах контракта.

В нашей практике имела место ситуация, когда арбитражная оговорка была изложена в двух различных вариантах в разных частях контракта, при этом менее дефектная вариация содержалась как раз в «непрофильном» разделе контракта, а также случаи, когда договоренность о том, что каждая сторона сама несет все издержки, связанные с арбитражем, находилась в разделе контракта «Ответственность сторон».

В силу п. 1 ст. 19 Закона о МКА (в редакции Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ) при условии соблюдения положений данного Закона и Федерального закона об арбитраже (в той части, в которой он применяется к международному коммерческому арбитражу) стороны могут

⁴ Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. С. 203.

по своему усмотрению договориться о процедуре арбитража третейским судом. В отсутствие такого соглашения третейский суд может с соблюдением положений Закона о МКА осуществлять арбитраж таким образом, какой он считает надлежащим, в том числе в отношении определения допустимости, относимости и значимости любого доказательства (п. 2 той же статьи).

В связи с этим следует постоянно учитывать, что арбитражное разбирательство представляет собой гибкий процесс разрешения споров и автономия сторон при определении процедуры имеет здесь особое значение, позволяя сторонам выбирать и адаптировать правила в соответствии со своими конкретными пожеланиями и потребностями.

Исходя из этого, арбитрам целесообразно изучить контракт и дополнительные соглашения на начальном этапе разбирательства для выявления возможных особенностей регулирования данной арбитражной процедуры, и в первую очередь при установлении сторонами иного регулирования по тем или иным вопросам, чем то регулирование, которое закреплено в правилах арбитража, для соотнесения подобной регламентации с императивными положениями применимого арбитражного закона и правил арбитража.

В числе прочего следует определить, есть ли в соглашениях сторон ссылки на применение для регулирования процедуры каких-либо актов негосударственного регулирования (о них будет сказано далее), которые следует рассматривать как часть арбитражного соглашения, имеющую приоритет над диспозитивными нормами закона и регламента⁵.

⁵ Подробнее об этом см.: *Бардина М.П.* Источники регулирования ведения разбирательства международным коммерческим арбитражем // Труды Института государства и права РАН. 2017. № 1 (59). С. 44–70; *Она же.* Обращение к невластным регуляторам при согласовании сторонами вопросов порядка рассмотрения споров международным коммерческим арбитражем (<http://www.igpran.ru/articles/4150/>); *Савранский М.Ю.* Регулирование арбитражной процедуры //

Краткость арбитражных соглашений и лаконичность арбитражных регламентов обуславливают необходимость восполнения третейским судом пробелов регулирования процедуры, в связи в чем могут быть использованы акты негосударственного регулирования, рекомендуемые авторитетными международными организациями. Использование содержащихся в них подходов и рекомендаций (без ущерба для норм и принципов применимого арбитражного закона, регламента и соглашений сторон) позволит обеспечить баланс процессуальных возможностей сторон, зачастую относящихся к юрисдикциям с различными процессуальными традициями, «дерегулирование» процедуры за счет предсказуемых и проработанных формулировок, а также правовых инструментов. Следует также учитывать, что соответствующие акты разработаны специально для разбирательства международных споров с участием ведущих специалистов из разных юрисдикций и содержат в принципе универсальный прикладной инструментарий, как правило, логически совместимый с нормативным регулированием арбитража, основанным на стандартах ЮНСИТРАЛ либо учитывающим таковые.

На сегодняшний день к подобным актам следует отнести прежде всего Комментарии по организации арбитражного разбирательства ЮНСИТРАЛ, действующая редакция которых была одобрена в декабре 2016 г. Генассамблеей ООН (далее – Комментарии ЮНСИТРАЛ)⁶, правила и руководства Международной ассоциации юристов (ИВА), рекомендации Международного совета по коммерческому арбитражу (ИССА), документы Ассоциации международного права, факультативные документы нескольких

Вестник международного коммерческого арбитража. 2017. № 2(15). С. 97–107.

⁶ Комментарии опубликованы на официальном интернет-сайте Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) (http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1996Notes_proceedings.html).

иных широко признанных правительственных и неправительственных международных организаций⁷.

Указанные документы, особенно в новых редакциях, во многом направлены на повышение эффективности разбирательства, контроль над связанными с ним временными и финансовыми расходами, ограничение ненадлежащих, в том числе недобросовестных, процессуальных тактик.

Для этих целей ведущие арбитражные центры также разработали и опубликовали свои рекомендации, касающиеся оптимизации расходов сторон при рассмотрении дел в международных коммерческих арбитражах⁸.

Итак, обратимся прежде всего к Комментариям ЮНСИТРАЛ. Вторая редакция Комментариев (2016 г.) заменила текст 1996 г., успешно применявшийся в течение двух десятилетий в арбитражных разбирательствах, проводимых как при администрировании какого-либо арбитражного учреждения, так и в арбитражах *ad hoc*.

В п. 8 Комментариев ЮНСИТРАЛ констатируется, что свобода действий и гибкость полезны в том смысле, что они позволяют третейскому суду принимать решения по организации арбитражного разбирательства с учетом обстоятельств дела

и ожиданий сторон при одновременном соблюдении требований надлежащей процедуры.

В п. 10 Комментариев ЮНСИТРАЛ отмечается, что третейский суд обычно привлекает стороны к принятию решений по организации арбитражного разбирательства и по мере возможности стремится добиться их согласия. Такие консультации вполне согласуются с консенсуальным характером арбитража и, как правило, проводятся в связи с большинством организационных решений, рассматриваемых в Комментариях.

Этой обязанности корреспондирует обязанность спорящих сторон в силу п. 10 Комментариев ЮНСИТРАЛ при изменении арбитражного соглашения в ходе разбирательства консультироваться как с арбитражным трибуналом, так и — в соответствующих случаях — с арбитражным учреждением, что позволит обеспечить соблюдение норм применимого законодательства об арбитраже и правил арбитражного учреждения.

Одним из инструментов оптимизации процедуры и затрат на нее является график проведения арбитражного разбирательства. Важной функцией графика являются лучшая подготовка слушания во избежание последующих осложнений, перенос части тяжбы на стадию, предшествующую слушаниям, стимулирование заблаговременного представления доказательств, формирования позиций и предоставление возможности спорящим сторонам заранее оценить позиции друг друга, а арбитрам — изучить позиции спорящих сторон. Вместе с тем следует учитывать, что содержание графика разбирательства может существенно варьироваться в зависимости от обстоятельств дела⁹.

⁷ Перечислим документы *IBA*, считающиеся международными рекомендательными стандартами организации арбитражной процедуры: Правила по получению доказательств в международном арбитраже (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*), Руководящие принципы относительно представительства сторон в международном арбитраже 2013 г. (*IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*), Руководящие принципы относительно конфликта интересов в международном арбитраже (редакция 2014 г.) (*IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration*). Тексты правил и руководств *IBA* на ряде языков, в том числе на русском, размещены на ее интернет-сайте (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

⁸ См., например: ICC Commission Report. Controlling Time and Costs in Arbitration (<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/11/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration-2012.pdf>).

⁹ *Зыкин И.С.* К вопросу о повышении оперативности арбитражных разбирательств // *Liber Amicorum* в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный торговый оборот и право: Сборник статей и эссе / Под ред. А.И. Муранова, В.В. Плеханова. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 81.

Практика показывает, что по сложным делам целесообразным может быть установление двух и более раундов обмена состязательными бумагами, а при подаче встречного иска — обеспечение темпоральной синхронизации подачи бумаг по первоначальному и встречному искам с целесообразностью ограничения дублирования совпадающих доказательств.

При решении вопроса о целесообразности последовательного или одновременно представления письменных документов сторонами в большинстве случаев более оправдан подход, состоящий в последовательной подаче письменных заявлений, с тем чтобы право на последний выстрел (the last shot), т.е. подачу последней бумаги по существу спора, было бы у второй стороны, т.е. у стороны, отвечающей инициатору ходатайства или заявления. Чаще всего такую роль играет ответчик, однако по ряду процессуальных предложений и возражений, например при оспаривании компетенции, право на последнее письменное заявление может принадлежать истцу¹⁰.

Для обеспечения наиболее полной реализации поставленных целей третейскому суду целесообразно уже в первом процедурном постановлении сформулировать процессуальные предписания, в которых следует предусмотреть сроки представления сторонами в третейский суд и друг другу любых письменных объяснений и дополнительных доказательств, включая дополнительное представление тех или иных материалов по электронной почте, а также сообщать к тем или иным срокам о наличии каких-либо процессуальных и иных ходатайств или заявлений, а также — при необходимости — о понесенных сторонами издержках, возникших в связи с разбирательством. При этом предложение арбитров к сторонам о представлении дополнительных доказательств, например недостающих документов, на которые стороны ссылаются в своих письменных позициях,

не должно нарушать принцип состязательности и равного отношения к сторонам¹¹.

Целесообразно указывать сторонам на то, что представляемые ими документы должны быть понятным и четким образом структурированы и пронумерованы, а в тексте, к которому они прилагаются, должно быть ясно объяснено, какое обстоятельство подтверждает тот или иной документ и каким образом он влияет на исковые требования.

Разумно предлагать сторонам делать сквозную нумерацию документов и иных материалов, прилагаемых к письменным позициям (к примеру, приложениям истца можно присваивать наименования И-1, И-2, И-3 (или С1, С2, С3) и т.д., а ответчика — О-1, О-2, О-3 (R1, R2, R3) и т.д.), а также использовать разделители при компоновке материалов. Подобной культуры делопроизводства, как правило, придерживаются стороны при ведении дел в ведущих арбитражных центрах мира.

В зависимости от конкретных обстоятельств и с учетом возможностей арбитров и мнения сторон объемные приложения можно разрешать представлять исключительно на электронных носителях.

Сторонам может быть предложено иметь при себе на устном слушании подлинники документы, на которые сторона ссылается в подтверждение своих требований и возражений, а также подлинники документы, подтверждающие полномочия соответствующих лиц представлять такую сторону в третейском суде (доверенности, иные документы).

Отдельное внимание при подготовке к слушанию следует уделить вопросу избранных сторонами применимых материальных норм права, а если очевидный выбор таковых отсутствует, то вопросам

¹¹ Об этом, в частности, см.: *Розенберг М.Г.* К вопросу об инициативе составов арбитража при разрешении международных коммерческих споров // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею докт. юрид. наук, проф. А.Л. Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 560–572.

¹⁰ *Зыкин И.С.* Указ. соч. С. 83.

о наличии возможного подразумеваемого выбора права и о доказанности содержания иностранных правовых норм, если таковые подлежат применению. При этом следует сосредоточиться на наличии надлежащих текстов применимого иностранного законодательства (а в требуемых случаях — и их перевода на язык арбитража).

В период до устного слушания целесообразно осуществлять мониторинг выполнения графика и при необходимости запрашивать мнение сторон в отношении мер по подготовке дела к разбирательству.

С учетом сложности дела третейский суд может провести организационное совещание с участием сторон и их представителей с личным присутствием либо с использованием телефонной связи или систем видеоконференц-связи.

Председатель третейского суда по согласованию с другими членами третейского суда в дальнейшем может принять дополнительные меры по подготовке дела к разбирательству или внести изменения в график разбирательства с учетом сложившихся обстоятельств.

Как правило, целесообразным может быть установление дедлайна (к примеру, предшествующего 7–10 и более дням до слушания) для представления сторонами письменных материалов, подлежащих рассмотрению на слушании, с тем чтобы у арбитров и представителей сторон было бы достаточно времени для изучения таких материалов.

Следует отметить, что моветоном в международном арбитраже считается представление новых письменных материалов непосредственно перед устным слушанием либо в самом заседании, которое метко именуется в арбитражной доктрине “unfair surprise” («нечестный сюрприз»)¹².

¹² Зыкин И.С. Новый Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2007. С. 224.

Его причиной может быть как процессуальная недисциплинированность стороны либо ее представителя, так и их недобросовестная попытка лишить другую сторону возможности полноценно отреагировать на новые материалы либо желание затянуть арбитражное разбирательство.

Общим принципом, в частности, зафиксированным в ч. 1 ст. 35 Регламента Арбитражного центра при РСПП, является то, что сторона вправе знать о доводах и аргументах другой стороны до заседания третейского суда.

Правилами арбитража может устанавливаться возможность для арбитров как не принимать от сторон дополнительные материалы, представленные с нарушением сроков, установленных процессуальным графиком, так и принимать иные меры для дестимулирования подобных и иных неблагоприятных процедурных тактик (в частности, учесть соответствующие обстоятельства при распределении арбитражных расходов), что, в частности, предусмотрено в § 28 и 29 Правил арбитража МКАС МКАС, ч. 2 ст. 38 Регламента Арбитражного центра при РСПП.

Представляется, что такой подход ни в коей мере не является ограничивающим или отрицающим фундаментальное право любой стороны на изложение ее позиции, равно как в случае, если бы, к примеру, сторона ссылаясь на нарушение этого права тогда, когда ее представитель явился бы в место проведения заседания уже после завершения слушания.

В международной арбитражной практике широко используются примерные формы процедурных документов, которые облегчают работу арбитров по формулированию процессуальных предписаний в конкретном разбирательстве, помогают стандартизировать и ускорить процедуру, сделать ее более эффективной¹³.

¹³ См., в частности: *Jarvin S., Corinne N. Compendium of International Commercial Arbitration Forms: Letters, Procedural Instructions, Briefs and Other Documents.* Wolters Kluwer, 2017; см. также рецензию на это

2. Уведомление сторон о слушании дела

В силу нормы ст. 3 Закона о МКА «Получение письменных сообщений» (в редакции Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ), если стороны не договорились об ином, любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично или на его коммерческое предприятие, по его постоянному местожительству или почтовому адресу; когда таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено по последнему известному местонахождению коммерческого предприятия, постоянному местожительству или почтовому адресу адресата заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения. Данное сообщение считается полученным в день такой доставки (фиксации попытки доставки).

Названная статья регулирует общие правила направления материалов сторонами друг другу и правила направления различных материалов от арбитражного учреждения сторонам, в том числе отправки уведомлений о принятии иска, выборе арбитра, месте, дате и времени слушания и т.д. В силу диспозитивности указанной нормы стороны могут определить иные правила в арбитражном соглашении, в том числе путем ссылки на применение определенных правил арбитража.

Вместе с тем ограничение использования определенных способов отправки может быть установлено императивными предписаниями правил арбитража. К примеру, могут быть ограничены использование способов отправки материалов, не обеспечивающих надлежащей фиксации вру-

чения (попытки вручения), и пересылка в электронном виде материалов, архивированных с использованием программного обеспечения специализированного назначения (проектная документация и т.п.), при отсутствии технической возможности их расшифровки.

Соглашением сторон, в том числе правилами арбитража, может быть установлен порядок направления документов и иных материалов сторонами друг другу непосредственно либо через арбитражное учреждение. При этом может быть предусмотрено императивное либо диспозитивное правило, касающееся определенного количества копий представляемых материалов, которые направляются стороной в арбитраж. Количество копий зависит в том числе от числа арбитров, входящих в состав по делу.

Необходимо учитывать, что п. 3 ст. 24 Закона о МКА установлено императивное предписание о том, что все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон третейскому суду, должны быть также направлены другой стороне. Сторонам должны быть направлены копии любых заключений экспертов или других документов, которые имеют доказательственное значение и на которых третейский суд может основываться при принятии своего решения. Это предписание обеспечивает наиболее полную реализацию принципов состязательности и равного отношения к сторонам в контексте одного из ключевых аспектов процедуры.

Законом о МКА закреплено императивное правило, в соответствии с которым сторонам заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании третейского суда, в том числе проводимом в целях осмотра товаров, другого имущества или документов (п. 2 ст. 24).

Вышеприведенные формулировки исходят из необходимости обеспечения принципа равного отношения к сторонам, в силу которого каждая из сторон должна

издание: *Костин А.А., Давыденко Д.Л.* О новом сборнике проформ документов по международному коммерческому арбитражу // Вестник международного коммерческого арбитража. 2017. № 2(15). С. 295–300.

обладать всей полнотой информации, связанной с арбитражным разбирательством, чтобы иметь возможность заявить свои объяснения (возражения, контрдоводы, доказательства в опровержение) по всем материалам, которые могут быть положены в основу решения третейского суда.

Соглашением сторон в соответствии с правилами арбитража могут предусматриваться дополнительные права и обязанности как сторон, так и арбитражного учреждения (включая порядок их осуществления) по направлению документов и материалов. В любом случае необходимо закрепление надлежащего информирования сторон о возможности выбора арбитров (если таковой предусмотрен), а также о сформированном по делу составе арбитров. Это позволяет заинтересованной стороне своевременно и наиболее полным образом реализовать свои процессуальные возможности.

Конкретные сроки направления уведомлений устанавливаются правилами арбитража. Так, в силу п. 2 и 3 § 30 Правил арбитража МКС МКАС о времени и месте проведения слушания стороны извещаются заблаговременно повестками, направляемыми им с таким расчетом, чтобы каждая из сторон получила соответствующее уведомление, как правило, не менее чем за 20 дней до даты слушания. По соглашению сторон этот срок может быть сокращен. Однако при необходимости проведения последующих слушаний даты их проведения устанавливаются третейским судом с учетом конкретных обстоятельств.

Согласно ч. 3 ст. 46 Регламента Арбитражного центра при РСПП уведомление о времени и месте заседания третейского суда направляется заблаговременно, чтобы каждое лицо, участвующее в деле, располагало необходимым с учетом обстоятельств дела сроком для подготовки и прибытия на заседание третейского суда.

Пункт 1(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции предусматривает основание для отказа,

когда сторона, против которой вынесено арбитражное решение, не имела никакой или разумной возможности представить свои объяснения, так как (i) не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или (ii) по другим причинам не могла представить свои объяснения.

Указанные основания часто приводятся сторонами в качестве аргументов для возражения против признания и приведения в исполнение арбитражного решения, хотя доказать факт нарушения в подавляющем большинстве случаев не удается¹⁴.

Вместе с тем суды обычно подходят к толкованию п. 1(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции не с формальных позиций, а с точки зрения фактических обстоятельств дела и поведения сторон, в результате чего данное положение применяется довольно ограниченно¹⁵.

Если сторона участвовала в разбирательстве, она впоследствии не сможет сослаться на то, что была уведомлена ненадлежащим образом. Это, в частности, вытекает из положения ст. 4 Закона о МКА.

Когда ответчик в разбирательстве не участвует, доказательствам уведомления следует уделять серьезное внимание

¹⁴ *Jana A., Armer A. et al. Article V(1)(b) // Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention / H. Kronke, P. Nacimiento et al. (eds.). Kluwer Law International, 2010. P. 231, 233; Karrer P.A. Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable? // Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner / G. Asken et al. (eds.). ICC, 2005. P. 431.*

¹⁵ Обзор судебной практики разных стран по применению Нью-Йоркской конвенции, в том числе дел, затрагивающих указанный вопрос, приведен в двух русскоязычных изданиях: Руководство Международного совета по коммерческому арбитражу (МСКА) по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей. М.; Берлин: Инфотропик Медиа, 2012 (https://www.arbitration-icca.org/media/3/46059478358923/russian_text.pdf); Руководство по Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений / Секретариат ЮНСИТРАЛ (Нью-Йорк, 1958 г.) (редакция 2016 г.) (http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf).

на всех стадиях процесса. В таких случаях арбитражный институт, арбитры и истец в арбитражном разбирательстве должны сделать все, что может быть разумно сделано, чтобы довести до сведения ответчика проведение арбитражного разбирательства и назначение состава третейского суда, и получить независимые доказательства, подтверждающие приложенные усилия. Если они этого не делают, то в принудительном исполнении вынесенного в результате данного разбирательства арбитражного решения может быть отказано.

В одном из таких дел Верховный суд Швеции отказал в принудительном исполнении, посчитав, что арбитры проигнорировали тот факт, что отправления, направленные по ранее существовавшему адресу шведской стороны, были возвращены за невозможностью доставки¹⁶.

В Германии суд отказался признать и привести в исполнение арбитражное решение, так как из представленных доказательств следовало, что не было приложено никаких усилий, для того чтобы выяснить текущий адрес ответчика с целью уведомления его об арбитраже¹⁷.

В подобных случаях целесообразным может быть выяснение актуального адреса ответчика путем обращения к его официальному сайту, а также к торговому реестру либо иной официальной базе учета компаний и предпринимателей соответствующей страны.

В соответствии с положениями процессуального законодательства Российской Федерации представление стороной, против которой принято решение третейского суда, доказательств того, что она не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) третейских судей или о времени и месте заседания третейского суда,

является основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на подобное решение третейского суда либо для отмены этого решения компетентным государственным судом (п. 5 ч. 3 ст. 233, п. 3 ч. 3 ст. 239 АПК РФ; п. 5 ч. 3 ст. 421, п. 3 ч. 3 ст. 426 ГПК РФ).

Таким образом, судебная практика в России и ряде других стран исходит из того, что требование об уведомлении продолжает действовать на протяжении всего арбитражного разбирательства и подразумевает, что все стороны должны информироваться обо всех его этапах, в том числе о датах, времени и месте проведения слушаний, чтобы иметь возможность принять в них участие¹⁸.

Вместе с тем в некоторых странах действует принцип, согласно которому если одна из сторон решит не участвовать в арбитражном разбирательстве, то она впоследствии не может ссылаться на положения п. 1(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции¹⁹.

В отношении вопроса об уведомлении российских лиц следует также обратиться к положениям российского законодательства. Так, в соответствии с п. 2 ст. 54 ГК РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации. Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа — иного органа или

¹⁶ Решение Верховного суда Швеции от 16 апреля 2010 г. по делу *Lenmorniiproekt OAO v. Arne Larsson & Partner Leasing Aktiebolag* (Yearbook Commercial Arbitration. 2010. Vol. XXXV. P. 456–457).

¹⁷ BayObLG, 16.03.2000 — 4Z Sch 50/99.

¹⁸ См., в частности: Постановление Президиума ВАС РФ от 20 января 2009 г. № 10718/08 по делу № А40-31732/07-30-319 «Лорал стейс энд комьюникейшинз холдингз корпорейшн» (США) против ЗАО «Глобалстар — космические телекоммуникации» (Российская Федерация); *Consortio Rive S.A. de C.V. (Mexico) v. Briggs of Cancun, Inc. (United States)*, Court of Appeals, Fifth Circuit, United States of America, 26 November 2003, 01-30553.

¹⁹ Например, подобное решение было принято Верховным судом Колумбии (см.: *Petrotesting Colombia S.A. & Southeast Investment Corporation v. Ross Energy S.A.*, Supreme Court of Justice, Colombia, 27 July 2011, 11001-0203-000-2007-01956-00).

лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности.

Согласно п. 3 ст. 54 ГК РФ юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, поступивших по его адресу, указанному в Едином государственном реестре юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ), а также риск отсутствия по этому адресу своего представителя, и такое юридическое лицо не вправе в отношениях с лицами, добросовестно полагавшимися на данные ЕГРЮЛ об адресе юридического лица, ссылаться на данные, не внесенные в указанный реестр, а также на недостоверность данных, содержащихся в нем.

Вопросы вручения юридически значимых сообщений в гражданских правоотношениях урегулированы в ст. 165.1 ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2015 г. С учетом разъяснения, приведенного в п. 63 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Постановление № 25), ст. 165.1 ГК РФ подлежит применению также к судебным извещениям и вызовам, если гражданским процессуальным или арбитражным процессуальным законодательством не предусмотрено иное.

Представляется возможным с учетом обстоятельств конкретного дела (в том числе когда предполагается исполнение арбитражного решения в российской юрисдикции) принимать во внимание соответствующие разъяснения и в случаях направления и получения материалов в международном арбитраже, местом которого является Россия.

В соответствии с п. 63 Постановления № 25 юридически значимое сообщение, адресованное гражданину, должно быть направлено по адресу его регистрации по месту жительства или пребывания либо по адресу, который гражданин указал сам (например, в тексте договора), либо его представителю (п. 1 ст. 165.1 ГК РФ).

С учетом положения п. 2 ст. 165.1 ГК РФ юридически значимое сообщение, адресованное гражданину, осуществляющему предпринимательскую деятельность в качестве индивидуального предпринимателя, или юридическому лицу, направляется по адресу, указанному соответственно в едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей или в ЕГРЮЛ либо по адресу, указанному самим индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом. При этом необходимо учитывать, что гражданин, индивидуальный предприниматель или юридическое лицо несут риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, а также риск отсутствия по указанным адресам своего представителя. Гражданин, сообщивший кредиторам, а также другим лицам сведения об ином месте своего жительства, несет риск вызванных этим последствий (п. 1 ст. 20 ГК РФ). Сообщения, доставленные по вышеназванным адресам, считаются полученными, даже если соответствующее лицо фактически не проживает (не находится) по указанному адресу.

При наличии у иностранного юридического лица представителя на территории Российской Федерации сообщения, доставленные по адресу такого представителя, считаются полученными иностранным юридическим лицом (п. 3 ст. 54 ГК РФ).

Как указано в п. 67 Постановления № 25, юридически значимое сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено, но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним (абзац второй п. 1 ст. 165.1 ГК РФ). Например, сообщение считается доставленным, если адресат уклонился от получения корреспонденции в отделении связи, в связи с чем она была возвращена по истечении срока хранения. Риск неполучения поступившей корреспонденции несет адресат.

Конституционный Суд РФ в определении от 2 июля 2013 г. № 1045-О «Об отказе

в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Беличко Артура Витальевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 113 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 2 статьи 4 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Определение № 1045) указал, что стороны спора, заключая соглашение о его передаче на рассмотрение третейского суда, добровольно соглашались подчиниться правилам, установленным для конкретного третейского суда.

Указывая в договоре, содержащем третейское соглашение, свои адреса регистрации по месту жительства (фактического проживания), сторона договора должна осознавать, что именно по этим адресам в случае начала третейской процедуры будет направляться соответствующая корреспонденция. Учитывая это, сторона для реализации своих прав, действуя добросовестно, разумно и осмотрительно, должна предпринять необходимые и достаточные меры для получения предназначенной ей корреспонденции по указанным ею адресам. В противном случае все риски, связанные с получением или несвоевременным получением корреспонденции, возлагаются на ее получателя. Иное истолкование нормы права могло бы повлечь злоупотребления со стороны недобросовестных участников третейского процесса, которые, уклоняясь от получения корреспонденции, могли бы парализовать само третейское разбирательство, несмотря на свое согласие участвовать в нем.

До обнародования вышеприведенной правовой позиции КС РФ применительно к уведомлению юридических лиц сложилась практика ВАС РФ, согласно которой действия участника третейского процесса, не предпринявшего должных мер по получению корреспонденции по сообщенным им адресам и ссылающегося впоследствии на собственную неосмотрительность в доказательство нарушения его права, не признавались отвечающими принципу

добросовестности. Истолкование закона, в соответствии с которым отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда допускается по мотиву неполучения участником третейского процесса корреспонденции по указанным им собственным адресам, может поставить под угрозу существование самого института третейского разбирательства ввиду наличия высокого риска опровержения его результата по формальным основаниям (Определение ВАС РФ от 10 февраля 2009 г. № 17412/08 по делу № А40-30595/08-50-258; Постановление Президиума ВАС РФ от 31 марта 2009 г. № 17412/08 по тому же делу).

Наряду с вышеизложенным в Определении № 1045-О заслуживает внимания важная констатация КС РФ того, что государственные суды, рассматривая возражения стороны, против которой вынесено решение третейского суда, не ограничиваются установлением только формальных оснований применения норм законодательства, а оценивают реально существующие обстоятельства уведомления (направления, вручения, доставки и т.д.) сторон третейского разбирательства о предстоящем слушании дела.

При оценке фактических обстоятельств следует принимать во внимание совокупность разумных мер, принятых для фактического уведомления отсутствующей (непредставленной) стороны, в том числе возможность наведения справок о ее статусе и местонахождении, достаточное число попыток вручения корреспонденции. В соответствующих случаях следует учитывать также процессуальное поведение уклоняющейся от арбитража стороны.

Кроме того, в арбитражном соглашении сторон целесообразно предусматривать условие, в соответствии с которым каждая из сторон обязуется сообщать другой стороне об изменении своих почтовых адресов, а также адресов электронной почты и абонентских устройств связи, а после начала арбитража также уведомлять об указанных

изменения соответствующее арбитражное учреждение. В отсутствие соглашения сторон направление документов и материалов сторонам осуществляется любым способом, предусматривающим фиксацию их доставки.

Как указано в п. 63 Постановления № 25, адресат юридически значимого сообщения, своевременно получивший и установивший его содержание, не вправе ссылаться на то, что сообщение было направлено по неверному адресу или в ненадлежащей форме (ст. 10 ГК РФ). Соответственно, допускается личное вручение документов и материалов стороне, а равно любому из ее представителей, которое не требует, если иное не предусмотрено соглашением сторон, дополнительного направления таких документов.

Особенности отправки почтовой корреспонденции различных видов в Российской Федерации, в том числе осуществляемых ФГУП «Почта России», регламентируются Правилами оказания услуг почтовой связи, утвержденными приказом Минкомсвязи России от 31 июля 2014 г. № 234. Указанные правила в п. 13 устанавливают, что операторы почтовой связи оказывают услуги почтовой связи только при наличии у них соответствующей лицензии, выданной в соответствии с Федеральным законом от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности».

Исходя из этого, при направлении материалов курьерскими службами доставки российская судебная практика исходит из того, что организация, осуществившая доставку и фиксирующая невозможность вручения отправления, должна иметь статус оператора связи, что в соответствующих случаях требует лицензии Роскомнадзора (постановление АС Московского округа от 23 марта 2015 г. № Ф05-1794/2015 по делу № А40-119303/14-69-1002).

В международной практике сложился подход, согласно которому попытка доставки юридически значимых сообщений

может быть признана надлежащей лишь при использовании независимой и не контролируемой отправителем курьерской службы.

Сообщения третейского суда и (или) арбитражного учреждения, не обладающие значительным объемом (сообщение о выборе арбитров, дате, времени месте арбитража), могут направляться сторонам телеграммами.

При разрешении международных коммерческих споров в современных условиях широко используется обмен материалами между сторонами, арбитражными учреждениями и арбитрами по электронной почте. Использование такого способа с условием фиксации доставки электронного сообщения адресату, в том числе подтверждения успешного прочтения (расшифрования) полученных электронных файлов, предусмотрено регламентами ряда российских и иностранных арбитражных учреждений.

3. Слушание при уклонении сторон от арбитража

В силу ст. 25 Закона о МКА, если стороны не договорились об ином, в тех случаях, когда без указания уважительной причины ответчик не представляет своих возражений по иску, третейский суд продолжает разбирательство, не рассматривая такое непредставление само по себе как признание утверждений истца. Если же без указания уважительной причины любая сторона не является на слушание или не представляет документальные доказательства, то третейский суд может продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств.

Игнорирование надлежаще уведомленным истцом или ответчиком слушаний или непредставление любой стороной письменных позиций, доказательств или иных материалов не рассматривается как надлежащая процессуальная тактика и не парализует арбитраж.

Соответственно, по общему правилу сторона, не представившая свои позиции и доказательств (и (или) не обеспечившая явку представителя, несет риск неблагоприятных для нее последствий, вызванных проведением разбирательства и принятием арбитражного решения без учета позиции такой стороны. Вместе с тем абзац третий ст. 25 Закона о МКА указывает на пределы состязательности, не давая арбитрам, как правило, в подобных случаях права молчаливо соглашаться с позицией инициатора иска, и наделяет третейский суд определенной активностью по исследованию и проверке обоснованности представленных истцом фактических доказательств и правовых выводов.

Разработчики Типового закона ЮНСИТРАЛ, формулируя аналогичную норму, исходили из того, что в таких случаях третейский суд должен презюмировать отрицание уклоняющимся от разбирательства ответчиком требований истца в полном объеме²⁰.

Тем не менее, исходя из принципов состязательности и равного отношения к сторонам, арбитры при оценке позиции истца в подобных ситуациях должны соблюдать баланс интересов сторон, не проявляя избыточной инициативы в опровержении позиций истца, поскольку очевидна недопустимость какого-либо поощрения ненадлежащих тактик, в том числе предоставления ответчику возможности получать преимущества от его уклонения от арбитражного разбирательства.

Третейский суд наделен полномочием оценивать уважительность причин, во-первых, непредставления стороной документов и иных материалов, во-вторых, неявки в заседание самой стороны (когда речь идет о физическом лице, включая

лицо, имеющее статус индивидуального предпринимателя) либо представителя стороны, когда речь идет о физическом либо юридическом лице.

Представление стороной, против которой принято решение третейского суда, доказательств того, что она не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) третейских судей или о времени и месте заседания третейского суда либо по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения, влечет негативные процессуальные последствия для арбитражного решения, принятого по итогам разбирательства, имеющего указанные изъяны, в рамках соответствующей процедуры в государственном суде (п. 5 ч. 3 ст. 233, п. 3 ч. 3 ст. 239 АПК РФ; п. 5 ч. 3 ст. 421, п. 3 ч. 3 ст. 426 ГПК РФ).

Необходимо учитывать, что оценка уважительности причин значительно различается в зависимости от того, какой субъект является стороной спора — юридическое или физическое лицо (граждане, в том числе не имеющие статуса индивидуального предпринимателя, все чаще становятся участниками международных арбитражных разбирательств как в коммерческих, так и в корпоративных спорах).

Весьма ограниченное число случаев позволяет считать причины «неактивности» юридического лица, в том числе в части ненаправления им своего представителя в арбитраж, уважительными. Как правило, арбитрами делается, а компетентными судами поддерживается иной вывод в этом отношении. Так, при рассмотрении в МКАС при ТПП РФ дела № 108/2007 (решение от 14 июля 2008 г.) поступило ходатайство ответчика об отложении слушания дела со ссылкой на болезнь генерального директора организации-ответчика, не имевшего по этой причине возможности лично принять участие в разбирательстве дела. Поскольку в силу правил арбитража стороны могут вести свои дела в МКАС при ТПП РФ непосредственно или через должным образом

²⁰ Аналитический комментарий к проекту текста Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. Документ ЮНСИТРАЛ А/CN.9/264 (Ежегодник ЮНСИТРАЛ. Т. XVI: 1985 г. Нью-Йорк: ООН, 1988 (http://www.uncitral.org/pdf/russian/yearbooks/yb-1985-r/yb_1985_r.pdf)).

уполномоченных представителей, назначаемых сторонами по своему усмотрению, в том числе из числа иностранных организаций и граждан, арбитры пришли к выводу о том, что невозможность присутствия генерального директора в арбитражном разбирательстве не лишает юридическое лицо возможности направить в заседание любого иного представителя.

Наряду с этим арбитры отметили, что ответчиком не представлены доказательства уважительности причин отсутствия других представителей, способных представлять интересы ответчика в МКАС при ТПП РФ, а также им никак не обоснована необходимость личного участия именно генерального директора компании-ответчика в слушании. К тому же в нарушение п. 4 § 32 Регламента ответчик представил в МКАС при ТПП РФ свое ходатайство за один день до назначенной даты разбирательства. Слушание указанного дела состоялось в отсутствие надлежащим образом извещенного о времени и месте заседания ответчика²¹.

При рассмотрении в МКАС при ТПП РФ дела № 57/2013 (решение от 28 января 2014 г.) арбитры констатировали, что ответчик заявил ходатайство о прекращении разбирательства по причине невозможности присутствия директора компании-ответчика на заседании, поскольку он находился в стране, у которой с Россией отсутствовали дипломатические отношения. МКАС при ТПП РФ, проведя заседание в отсутствие представителя иностранного ответчика, указал, что ответчик не обосновал необходимость личного присутствия в заседании своего руководителя, не назначил своим представителем для участия в слушании дела лицо, являвшееся гражданином иного государства, не обратился за визовой поддержкой, предложенной МКАС при ТПП РФ, а равно не обра-

тился с заявлением об участии в слушании дела посредством использования систем видеоконференц-связи, не воспользовался ни одной из форм участия в разбирательстве дела, предусмотренных Регламентом МКАС при ТПП РФ²².

Подобная практика поддерживается как российскими, так и иностранными судами. Так, ВАС РФ в Определении от 13 января 2010 г. № ВАС-17654/09 по делу № А40-2217/05-51-21 не признал уважительной причиной для непредставления документа в третейский суд болезнь генерального директора. Аналогичным образом нижестоящим судом не было расценено уважительным нахождение представителя стороны в командировке (постановление АС Волго-Вятского округа от 8 сентября 2014 г. по делу № А11-657/2014).

Германский суд при применении Нью-Йоркской конвенции определил, что надлежащая правовая процедура не была нарушена, несмотря на то что ходатайствующая сторона не смогла присутствовать на слушаниях, так как, по мнению суда, эта сторона могла направить вместо себя представителя²³.

Апелляционный суд пятого округа США также не усмотрел нарушения процедуры в том, что одна из сторон, по ее утверждению, не смогла представить объяснения по делу, поскольку не могла присутствовать на разбирательстве из опасений ареста. В ответ на этот довод суд указал, что участие в слушаниях необязательно предполагает физическое присутствие и что эта сторона могла направить на слушания сво-

²¹ Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007–2008 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2010. С. 404–405.

²² См.: Практика МКАС при ТПП РФ: 2004–2016. К 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журналов «Международный коммерческий арбитраж» и «Вестник международного коммерческого арбитража») / Науч. ред. и сост.: А.Н. Жильцов, А.И. Муранов; Предисл. А.С. Комарова; Ред. П.Д. Савкин; МКАС при ТПП РФ; ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ; Каф. межд. част. права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД РФ. М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2017. С. 1023–1033.

²³ OLG Karlsruhe, 27.03.2006 – 9 Sch 02/05, SchiedsVZ 2006, 335.

его представителя либо участвовать в них дистанционно²⁴.

Тем не менее практика компетентных судов при исследовании уважительности причин имеет различия, что прежде всего обусловлено неодинаковым набором обстоятельств в конкретных делах, а также тем, какое действие и в связи с чем не было совершено, т.е. идет ли речь о непредставлении материалов или о неявке в заседание.

Наряду с вышеизложенным при проведении арбитража и последующем осуществлении государственного судебного контроля необходимо учитывать совокупность обстоятельств, в том числе характер процессуальной тактики «отсутствующей» или «не представленной» в арбитраже стороны, в частности принимать во внимание то, заявляла ли своевременно такая сторона просьбу о предоставлении ей разумного дополнительного времени для подготовки письменной позиции; сообщила ли своевременно эта сторона (если имела такую возможность) до арбитражного заседания о наличии у нее причины, делающей невозможным / затруднительным присутствие на заседании, и какие доказательства наличия такой причины были представлены; заявляла ли данная сторона заблаговременно ходатайство об отложении устных слушаний. При этом реализация принципа равного отношения к сторонам предполагает также и учет мнения другой стороны, которая (на практике это, как правило, истец) может возражать против отложения разбирательства со ссылкой на недопустимость несения ею избыточных дополнительных расходов (к примеру, при запоздалой просьбе другой стороны об отложении слушаний) и на обоснованный риск невозможности либо существенной затруднительности последующего фактического исполнения решения третейского суда в случае, когда арбитражное разби-

рательство становится излишне продолжительным, существенно превышающим «стандартные» сроки разбирательства, установленные в правилах арбитража.

4. Слушание: порядок проведения

Слушание дела проводится для представления (демонстрации) доказательств и устных прений. Последние состоят из устных выступлений (речей) лиц, участвующих в деле, и их представителей и могут сопровождаться графической или иной визуализацией представляемого материала, в том числе с использованием технических средств, например демонстрацией слайдов, презентацией на экране в зале заседаний.

В арбитражных регламентах, как правило, не содержится детального регулирования процедуры слушания дела. Порядок проведения слушаний определяется арбитрами в большинстве случаев после консультаций с представителями сторон. Особенности проведения слушаний диктуются разными факторами, к которым относятся правовая культура и традиции в различных юрисдикциях, стиль ведения дел отдельными арбитрами и т.д.

Как правило, после выяснения вопроса о процессуальных ходатайствах первое слово предоставляется представителям истца. Далее возможность изложить свою позицию дается представителям ответчика. В случае участия свидетелей после этого могут быть допрошены свидетели истца, после которых наступает очередь свидетелей ответчика. После допроса свидетелей каждая сторона вправе задать им вопросы. Кроме того, если эксперт назначен третейским судом, то заслушиваются и его показания, после чего этому эксперту задают вопросы представители сторон. Разумеется, арбитры вправе задавать вопросы как свидетелям, так и экспертам в любое время, однако «активность» арбитров при формулировании вопросов не должна нарушать принципы состязательности и равного отношения к сторонам.

²⁴ *Consortio Rive S.A. de C.V. (Mexico) v. Briggs of Cancun, Inc. (United States)*, Court of Appeals, Fifth Circuit, United States of America, 26 November 2003, 01-30553.

Указанная последовательность выступлений может быть изменена с учетом обстоятельств дела: например, при оспаривании компетенции ответчиком возможность выступить первым по этому вопросу может быть предоставлена его представителю.

Арбитры по предложению сторон либо по своей инициативе с учетом мнений сторон (особенно если речь идет о сложных и длительных арбитражных разбирательствах) могут заранее определить последовательность выступлений и подготовить расписание слушания с определением хронометража его соответствующих стадий, перерывов, в особенности когда планируется участие свидетелей, экспертов.

При наличии соответствующих технических возможностей с согласия сторон слушание дела может быть осуществлено с применением средств видеоконференц-связи. Так, согласно ст. 47 Регламента Арбитражного центра при РСПП по предложению третейского суда или по согласованию с ним проведение предварительного собеседования со сторонами, слушания дела, заслушивание показаний свидетелей или экспертов, а также проведение иных действий, которые третейский суд посчитает необходимыми, возможно посредством видеоконференц-связи или иного технического способа передачи данных.

Такая практика заслуживает активного распространения, поскольку при использовании видеоконференц-связи обеспечивается значительная экономия времени и финансовых средств ввиду отпадения необходимости собирать в одном месте представителей сторон и других привлекаемых к рассмотрению спора лиц, которые нередко находятся на значительном расстоянии друг от друга, в том числе в разных странах.

При определении порядка проведения слушания целесообразно обратить внимание на разд. 17 «Слушания» Комментариев ЮНСИТРАЛ, где среди прочего указывается на полезность ограничения

общего времени, предоставляемого каждой стороне для выступлений с устными заявлениями, опроса представленных ею свидетелей и экспертов и опроса свидетелей и экспертов, представленных другой стороной или сторонами. Как правило, каждой стороне предоставляется равное, общее время, если только третейский суд не сочтет обоснованным какое-либо иное распределение времени. Кроме того, в Комментариях ЮНСИТРАЛ констатируется полезность определения порядка соблюдения сроков во время слушаний, поскольку такое распределение времени — при условии его реалистичности, справедливости, а также контроля со стороны третейского суда — облегчит для сторон планирование процесса представления разных доказательств и доводов, снизит вероятность возникновения в конце слушаний недостатка времени и позволит избежать какой-либо фактической или предполагаемой несправедливости, вызванной предоставлением сторонам неодинакового количества времени (п. 118–119 Комментариев). Представители сторон могут перед выступлениями передать арбитрам письменное резюме своих доводов (в том числе в виде презентаций).

В определенных случаях, при разделении арбитражного разбирательства на части (обычно на две, что называется “bifurcation”), каждая часть посвящается решению определенного вопроса, и только в случае положительного ответа на предыдущий вопрос процесс переходит на следующую стадию. Чаще всего подобное деление процесса и, соответственно, изначальное планирование двух заседаний третейским судом происходят при наличии весомых возражений ответчика против компетенции третейского суда и достаточном обосновании им необходимости проведения «первичных» слушаний и вынесения отдельного постановления о компетенции. Вместе с тем проведение дополнительных слушаний может приводить к удорожанию и необоснованному за-

тягиванию арбитражного разбирательства и далеко не всегда является целесообразным. Иногда решение вопроса о компетенции является невозможным либо крайне затруднительным без исследования существа спора. В таких случаях разделение разбирательства на части, как правило, с учетом конкретных обстоятельств дела не производится.

Слушание проводится по общему правилу при закрытых дверях. На слушании присутствуют надлежащим образом уполномоченные представители истца. Иные лица, не участвующие в арбитражном разбирательстве, могут присутствовать на слушании только с разрешения третейского суда и с согласия представителей сторон. Это правило направлено на обеспечение конфиденциальности рассмотрения спора, сохранения коммерческой тайны.

В случаях, когда спор не может быть разрешен в рамках одного заседания, слушание откладывается. При наличии правовых либо фактических препятствий для разрешения спора в заседании, время устранения которых определить затруднительно, разбирательство дела может быть приостановлено.

Закон о МКА соответствующих норм не содержит, передавая данные вопросы на усмотрение сторон и арбитров. Регламенты некоторых постоянно действующих арбитражных институтов содержат отдельные правила на этот счет, носящие, однако, весьма общий характер.

Например, согласно Правилам арбитража МКС МКАС «[п]ри необходимости проведения последующих устных слушаний даты их проведения устанавливаются третейским судом с учетом конкретных обстоятельств...» (п. 3 § 30). Далее отмечается: «В случае необходимости, в том числе в целях мирного урегулирования спора, в частности для проведения процедуры медиации, по заявлению сторон или инициативе третейского суда разбирательство дела может быть отложено или приостановлено, о чем выносится постановление» (§ 32).

Практика арбитражного разбирательства исходит из того, что сторона, заявляющая ходатайство об отложении слушания дела, должна обосновать, чем именно обусловлена такая необходимость. Вопрос о необходимости отложения слушания рассматривается третейским судом и в случае «молчаливого» уклонения сторон от участия в слушаниях. Вместе с тем следует учитывать неизбежность увеличения расходов на арбитраж при отложении слушания, особенно в случаях участия в слушаниях арбитров и представителей сторон, проживающих либо постоянно находящихся вне места их проведения. В разбирательствах с участием иногородних арбитров необходимо предусмотреть заблаговременное внесение сторонами аванса по погашению расходов, связанных с их участием в слушании.

В международном арбитраже слушание, как правило, не заканчивается оглашением резолютивной части решения, что было обязательным ранее во внутреннем арбитраже в силу положений Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» и как это установлено в судопроизводстве ряда стран, в том числе России.

По завершении слушания арбитры должны тщательно проанализировать все заявленные сторонами позиции, оценить их и дать мотивированный ответ на каждый поставленный перед ними вопрос, сделать и перепроверить соответствующие расчеты.

В соответствии с п. 8 § 30 Правил арбитража МКС МКАС с учетом обстоятельств дела после слушания третейский суд может предложить сторонам представить в установленные сроки дополнительные письменные заявления, доказательства и иные документы по ограниченному кругу вопросов, касающихся заявленных требований или возражений, в частности об издержках, возникших в связи с арбитражным разбирательством. Такие дополнительные письменные материалы

могут быть рассмотрены третейским судом без проведения последующего слушания. Вышеприведенная новелла в регламентации разбирательства в числе прочих мер также позволяет повысить эффективность рассмотрения международных споров в МКАС при ТПП РФ.

По окончании слушания объемных дел, в которых сторонами представлялось значительное количество состязательных документов, изменялись требования, с учетом конкретных обстоятельств целесообразным может быть представление сторонами консолидированных позиций по делу (post-hearing briefs). Как указано в п. 136 Комментариев ЮНСИТРАЛ, такие представления (после слушаний) могут быть необходимыми для того, чтобы позволить сторонам представить резюме аргументов по делу, рассмотреть конкретные вопросы, которые возникли в ходе слушаний, или оценить влияние на их спор доказательств, предъявленных во время слушаний.

5. Фиксация слушания

С организацией слушания связан и вопрос о его фиксации, т.е. о ведении протокола заседания. Следует отметить, что юридическое значение протокола заседания в государственном и третейском судах существенно различается. В российских государственных судах ведение протокола заседания обязательно, а его отсутствие отнесено к процессуальным нарушениям, влекущим безусловную отмену решения суда (ст. 228–232, п. 6 ч. 4 ст. 330 ГПК РФ; ст. 155, п. 6 ч. 4 ст. 270, п. 6 ч. 4 ст. 288 АПК РФ). Закон о МКА вообще не затрагивает эту проблему, а в регламентах постоянно действующих арбитражных институтов она решается по-разному.

Ранее действовавший Регламент МКАС при ТПП РФ предписывал составление протокола во всех случаях проведения разбирательства. Ныне действующие Правила арбитража МКАС содержат правило о том, что если третейский суд посчитает

целесообразным, то о проведении устного слушания составляется протокол, где, в частности, может содержаться краткое описание хода слушания дела (п. 7 § 30).

Согласно ст. 49 Регламента Арбитражного центра при РСПП в ходе проведения устного слушания дела ведется протокол, за исключением случая, когда в заседание третейского суда не явилось ни одно из лиц, участвующих в деле, или иное приглашенное лицо.

В протоколе слушания указываются номер рассматриваемого дела; год, месяц, день и место проведения заседания третейского суда; фамилии, имена и – в случае, если имеются, – отчества членов третейского суда и докладчика; сведения о явке в заседание третейского суда лиц, участвующих в деле, и иных лиц, в том числе свидетелей, экспертов, переводчиков, сведения о представленных третейскому суду и предъявленных для обозрения документах, удостоверяющих личность и подтверждающих полномочия лиц, участвующих в деле, и их представителей; краткое описание хода заседания третейского суда; заявления и ходатайства лиц, участвующих в деле; акты, вынесенные третейским судом в ходе и по итогам заседания; иные сведения, фиксируемые в протоколе по ходатайству сторон и указанию третейского суда.

Третейским судом может вестись аудиозапись заседания для целей ее использования при составлении протокола заседания. Лица, участвующие в деле, вправе вести аудиозапись заседания, уведомив об этом третейский суд. По ходатайству стороны и с учетом мнения лиц, участвующих в деле, третейский суд может разрешить осуществлять видеозапись заседания третейского суда.

Важно подчеркнуть, что протокол не является стенограммой заседания, т.е. не представляет собой дословное воспроизведение всего, что было произнесено представителями сторон и другими лицами, участвующими в слушании. За-

частую выступления представителей сторон в значительной степени повторяют обстоятельства дела и правовую аргументацию, ранее изложенную в письменных позициях сторон, поэтому отсутствует необходимость дословного их дублирования в протоколе²⁵.

Вместе с тем имеющие правовое значение устные заявления сторон, например полный или частичный отказ от иска, изменение его предмета или основания, помимо их внесения в протокол, целесообразно предлагать представить в ходе слушаний в письменном виде для приобщения к материалам дела и представления другой стороне. В этих случаях также необходимо обращать внимание на наличие в доверенности представителя соответствующих полномочий. Помимо этого, подлежат внесению в протокол заявления, относительно которых сторона настаивает на их внесении в протокол, объяснения свидетелей и экспертов.

В некоторых арбитражных регламентах содержится норма, в силу которой с учетом обстоятельств дела третейский суд может признать допустимыми устные свидетельские показания только при условии дополнительного письменного изложения свидетелем этих показаний для приобщения их к материалам дела, а также письменного подтверждения свидетелем достоверности своих показаний²⁶.

В случае если стороны считают необходимым полностью фиксировать ход ведения заседания, они могут самостоятельно делать это, например, путем ведения аудиозаписи.

Правила арбитража обычно не устанавливают срока, в течение которого протокол устного слушания должен быть

подписан арбитрами, однако в большинстве случаев протокол подписывается арбитрами до вынесения окончательного арбитражного решения.

В протоколе, в частности, фиксируются сведения о том, поддерживает ли истец (или ответчик при предъявлении им встречного иска) в ходе слушания в полном объеме заявленные иски, требования либо ходатайствует об их увеличении, уменьшении, изменении или дополнении. В протокол заносятся сведения обо всех дополнительных письменных доказательствах, которые были представлены представителями сторон и приобщены третейским судом к материалам дела.

Протокол обычно заканчивается указанием на процедурные итоги слушания, т.е. записью о том, что слушание завершено и третейский суд приступил к вынесению окончательного арбитражного акта (решения или постановления о прекращении арбитражного разбирательства), либо указанием на то, что арбитражный суд принял постановление об отложении слушания дела или о приостановлении разбирательства. Отложение слушания дела необходимо отличать от объявления перерыва в рамках одного заседания по делу. Факт объявления перерыва фиксируется в протоколе, при этом составляется один протокол слушания, в то время как при отложении слушания дела протокол составляется отдельно в отношении каждого заседания третейского суда²⁷.

Протокол слушания составляется в одном оригинальном экземпляре, который хранится в материалах дела. Арбитражные регламенты, как правило, не предусматривают обязательного направления сторонам копии подписанного протокола. В случае если сторона желает получить копию протокола, она должна заявить о наличии у нее такой просьбы.

²⁵ Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Науч.-практ. коммент. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 151.

²⁶ См., например, абзац второй ч. 2 ст. 37 Регламента Арбитражного центра при РСПП.

²⁷ Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Науч.-практ. коммент. / Под общ. ред. А.С. Комарова. С. 154.

6. Некоторые выводы

Согласно проведенным опросам, ряд пользователей арбитража полагает (и это очевидно соответствует позиции многих владельцев и топ-менеджеров компаний, а также корпоративных юристов), что арбитражные институты и арбитры зачастую уделяют слишком много внимания концепциям надлежащей процедуры в ущерб эффективности, завершенности, определенности²⁸.

В желании соответствовать обоснованным ожиданиям бизнес-сообщества составителями многих современных арбитражных регламентов, а также рекомендательных документов по ведению арбитражного разбирательства отмечают-

²⁸ Эта проблематика освещена в публикациях: *Мулхаки К.* Задержки в арбитраже: Как обратить время вспять? // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2(6). С. 89–101; *Хомич М.С.* Оптимизация расходов сторон на проведение арбитражного разбирательства // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1(5). С. 85–101.

ся целесообразность сотрудничества третейского суда со сторонами и проведения консультаций с ними по тем или иным вопросам проведения разбирательства, выявления и урегулирования организационных проблем на наиболее ранних этапах разбирательства, использования современных электронных средств коммуникаций, установления для сторон эффективных форм и разумных рамок реализации их процедурных прав, использования арбитрами прогрессивных методик организации процесса и нахождения ими оптимального баланса между требованием о предоставлении сторонам всех или разумных возможностей для представления ими своих позиций и требованиями об эффективности, оперативности и экономичности третейской процедуры, которые исторически являлись и по-прежнему остаются ее преимуществами. Надлежащая подготовка и проведение слушаний помогут полноценно использовать достоинства арбитражного разбирательства.

