

Новое вино в старые меха, или О том, приживутся ли виртуальные слушания в международном арбитраже



А. В. ГРЕБЕЛЬСКИЙ, старший преподаватель кафедры международного частного и гражданского права им. С. Н. Лебедева МГИМО МИД РФ, управляющий партнер адвокатского бюро «Гребельский и Партнеры», председатель Коллегии по международным и инвестиционным спорам Арбитражного центра при РСПП, кандидат юридических наук; a.grebelsky@gplaw.ru

Настоящую статью я с глубокой благодарностью подготовил в память о выдающемся ученом и арбитре — Тамаре Евгеньевне Абовой.

Тамара Евгеньевна сыграла замечательную роль в моей научной судьбе. После изменения номенклатуры научных специальностей 12.00.03 и 12.00.15¹, осуществленной в 2014 г., подготовленная мною диссертация на тему «Доказательства в международном коммерческом арбитраже» внезапно «выпала» из сферы работы диссертационных советов по специальности 12.00.03. Поскольку совета, имеющего право проводить защиты по специальности 12.00.15 в МГИМО МИД России, где была подготовлена диссертация, не было², я на какое-то время фактически остался без дальнейшей возможности защитить свое исследование.

Тамара Евгеньевна, будучи знакомой с моей ситуацией³, согласилась предложить совету под своим руководством в Институте государства и права РАН рассмотреть мою диссертацию для решения вопроса о принятии к защите.

Согласно заведенному порядку, перед тем как дать согласие на печать автореферата, его текст изучается членами совета. Самым строгим цензором применительно к моему автореферату была, конечно, сама Тамара Евгеньевна. Помню, как в одно воскресное утро раздался звонок, и Тамара Евгеньевна довольно резко сказала, что до сих пор не получила текст работы в электронном виде.

Я уточнил, куда мне следует передать текст. Тамара Евгеньевна (на тот момент уже прошел ее девяностолетний юбилей) оперативно продиктовала мне свой электронный почтовый адрес и уже через десять минут (чему я был крайне удивлен) давала свои инструкции к оформлению полученного документа, читая его текст на компьютере. В отличие от некоторых

¹ Муранов А. И. Повороты судеб международного частного права и международного коммерческого арбитража в СССР и РФ через призму изменений Номенклатуры специальностей научных работников и паспортов научных специальностей // Вестник международного коммерческого арбитража. 2017. № 1. С. 115–172.

² Нет его здесь и в настоящее время.

³ За что не меньшую благодарность следует адресовать другому ведущему отечественному специалисту в сфере арбитража — профессору Ольге Николаевне Зименковой.

других «критиков» текст она старалась максимально упрощать, что, конечно, стало для меня уроком высокого научного стиля.

Думается, что в отличие от большинства специалистов старшего поколения, испытывающих известные сложности в общении с цифровым миром, Тамара Евгеньевна прекрасно справилась бы с ролью арбитра в ходе виртуальных слушаний.

В результате ограничений, вызванных пандемией коронавируса COVID-19, порядок проведения международных арбитражных разбирательств претерпел изменения. В частности, устные слушания, ранее проходившие очно, стали проходить удаленно с использованием систем видеоконференцсвязи и аналогичных им. Несмотря на некоторые преимущества подобного способа проведения слушаний, он порождает отдельные практические и правовые проблемы, в том числе риск возможной отмены или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения. В то время как ряд опасений относительно виртуальных слушаний является беспочвенным, некоторые виды споров с трудом могут быть рассмотрены в подобном формате. Вместе с тем активное использование различных систем видеоконференцсвязи в арбитраже на современном этапе может повлечь череду изменений в третейском механизме разрешения международных коммерческих споров.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж; виртуальные слушания; использование видеоконференцсвязи в третейском разбирательстве; согласие на виртуальные слушания; допрос свидетелей онлайн; Селульский протокол.

Столкнувшись с ограничениями, вызванными пандемией коронавируса COVID-19, участники арбитражных разбирательств, а также многочисленные арбитражные институты, эти разбирательства администрирующие, начали поиск путей для адаптации третейской процедуры к новой реальности: ограничениям на свободу передвижения, в особенности на пересечение межгосударственных границ, а также необходимости социального дистанцирования.

В результате введенных запретов на перемещение из одной страны в другую многие участники разбирательства (стороны, их юридические представители, свидетели, эксперты, да и сами арбитры) не смогли больше присутствовать на устных слушаниях очно, что сделало их проведение затруднительным и поставило под удар получение того результата, на который нацелена третейская процедура, — своевременного вынесения исполнимого итогового решения.

В одной из своих статей «Арбитраж и изысканная кухня» знаменитый американский исследователь и арбитр профессор Вильям «Расти» Парк отметил, что арбитражное разбирательство сравнимо с походом в ресторан, который может принести разочарование как в том случае, когда изысканное блюдо подано слишком поздно, так и когда после быстрой подачи оказывается, что еда невкусная⁴. Арбитр, как и шеф-повар, не может выбрать лишь какой-то один элемент «изысканной кухни» и проигнорировать остальные.

⁴ Park W. W. Arbitration and Fine Dining: Two Faces of Efficiency // The Powers and Duties of an Arbitrator: *Liber Amicorum* Pierre A. Karrer / Ed. by P. L. Shaughnessy, S. Sherlin Tung. The Hague, 2017. P. 251–252.

Вот почему общим желанием большинства арбитражных институций явилось продолжение рассмотрения дел в режиме онлайн, а не их отложение на неопределенный срок. Об этом, например, свидетельствует совместное заявление ведущих арбитражных центров в связи с пандемией⁵. С одной стороны, это означает, что арбитражные институты чувствуют свой потенциал в разрешении споров с применением интернет-технологий, с другой — свидетельствует и о нежелании упускать прибыль от администрирования новых споров, число которых в период с начала пандемии должно по понятным причинам только возрастать.

Кроме того, многие арбитражные учреждения незамедлительно предприняли своеобразные шаги, чтобы разбирательства могли быть как начаты, так и продолжены в условиях ограничений: рекомендовали сторонам осуществлять подачу документов в электронном виде (причем многие из институций сохранили эту опцию в качестве единственной), а также напомнили арбитрам и сторонам о возможности проведения слушаний онлайн посредством систем видеоконференцсвязи или аналогичных им.

Эти инициативы арбитражных центров представляются вполне оправданными, поскольку направлены на минимизацию негативных последствий пандемии для сферы разрешения споров. Пользователи арбитража в основном оказались заинтересованы в проведении виртуальных слушаний, вместо того чтобы ходатайствовать об их отложении. Например, по статистике Гонконгского международного арбитражного центра (HKIAC) приблизительно 85 % всех слушаний в апреле и мае 2020 г. прошли в формате виртуальных слушаний полностью или частично; 65 % всех запросов в отношении слушаний, которые должны пройти с февраля по сентябрь 2020 г. включают просьбу об административной поддержке в проведении виртуальных слушаний⁶.

В каком-то смысле предложенные изменения отражают сам дух международного арбитража — сферы, которая призвана приветствовать инновации, непрерывно развиваться и адаптироваться ко всем без исключения ситуациям. Возможно, именно благодаря сложившейся кризисной ситуации многие из тех, кто обращается к третейской процедуре, вспомнили об одном из важнейших ее преимуществ — гибкости, в противовес все возрастающей институционализации и кристаллизации некоторых явлений в арбитраже.

Следует заметить, что текущий период совпал еще и с удешевлением и популяризацией систем видеоконференцсвязи, вполне сопоставимых по качеству и надежности с теми, расходы на которые еще несколько лет назад составляли часть издержек участников разбирательств⁷.

⁵ Arbitration and Covid-19. Arbitral institutions COVID-19 joint statement // International Chamber of Commerce: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/covid19-joint-statement.pdf> (дата посещения — 09.07.2020). Как следует из заявления, совместной позицией ведущих арбитражных центров является желание использовать международный арбитраж для укрепления стабильности в крайне нестабильных условиях, включая уверенность в том, что приостановленные дела будут продолжены и что споры между сторонами будут рассмотрены без необоснованных задержек.

⁶ Virtual Hearings at HKIAC: Services and Success Stories: Press Release // Hong Kong International Arbitration Centre: <https://www.hkiac.org/news/virtual-hearings-hkiac-services-and-success-stories> (дата посещения — 09.07.2020).

⁷ В настоящее время такие системы, как Zoom, WebEx, Microsoft Team и Skype Business, стали гораздо более доступными для массового пользователя и активно применяются в арбитраже.

Преимущества виртуальных слушаний

Применение систем видеоконференцсвязи не является чем-то принципиально новым для арбитража. Совместное исследование международной юридической фирмы White & Case и Университета королевы Марии, проведенное в 2018 г., показало, что 43 % респондентов используют видеоконференцсвязь в рамках третейского разбирательства достаточно часто, 30 % — время от времени, 17 % — всегда. Одновременно 89 % респондентов заявило о том, что видеоконференцсвязь должна применяться в арбитраже чаще⁸.

В результате пандемии участники арбитражных разбирательств могут по достоинству оценить некоторые преимущества, связанные с «виртуализацией» процесса. Отдельные специалисты, в особенности чрезмерно загруженные, с энтузиазмом восприняли идею проведения слушаний онлайн. И действительно, сложно переоценить удобство участия в разбирательстве, «не вставая с дивана». Возможно, не настолько «гламурное», как неделя очных слушаний в Вене или Гонконге, такое решение иногда является гораздо более практичным⁹.

В рамках виртуальных слушаний все большее распространение получает использование электронных презентаций, которым теперь уделяется гораздо больше внимания со стороны арбитров по сравнению с презентациями, которые делались сторонами в рамках очного слушания. Материалы дела специально для целей виртуального слушания и удобства сторон и арбитров формируются в единые содержащие гипертекстовые ссылки файлы (так называемые *e-bundles*). Все это упрощает задачу как юридических советников, так и арбитров.

Одним из существенных аргументов в пользу виртуальных слушаний (правда, скорее в западном восприятии) является сокращение того ущерба, который многочисленные перелеты юристов (арбитров, представителей сторон, экспертов и пр.) наносят окружающей среде¹⁰. Думается, однако, что юристы вряд ли удерживают пальму первенства в сравнении с другими пользователями современной гражданской авиации.

Ну и наконец, немаловажное преимущество виртуальных слушаний — их относительная экономичность. Внутренним юристам компаний она поможет в экономии затрат их отделов на проведение разбирательств (оплату дорогостоящих путешествий сторон и арбитров, аренду помещений для проведения слушаний), а внешние консультанты, сохраняя любовь к очным слушаниям, тем не менее вынуждены будут подчиняться воле клиента.

⁸ 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration // White & Case International Law Firm; Queen Mary University of London: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration> (дата посещения — 09.07.2020).

⁹ Проведение длительных слушаний онлайн подчас может вызывать затруднения практического свойства, связанные с разницей в часовых поясах участников разбирательства, но такая ситуация встречается нечасто.

¹⁰ См., например: Руководящие принципы кампании за экологичный арбитраж, подготовленные английским арбитром Люси Гринвуд: Greenwood L. The Campaign For Greener Arbitrations. Guiding Principles // Greenwood Arbitration: <https://www.greenwoodarbitration.com/greenpledge> (дата посещения — 09.07.2020).

Какие ограничения сопровождают виртуальные слушания?

Однако произошедшие изменения также заставляют задуматься и о недостатках слушания дел онлайн. Насколько в условиях виртуальных разбирательств можно реализовать право сторон на справедливое разбирательство (включая право на равное обращение и право быть услышанным)? Если с реализацией этого права возникают проблемы, под вопросом оказывается сама возможность проведения третейского разбирательства онлайн.

Предваряя обсуждение этого вопроса, заметим, что далеко не все элементы третейского разбирательства затронуты введенными ограничениями. Практика проведения отдельных этапов арбитражной процедуры (в особенности администрируемой по регламентам зарубежных арбитражных центров) осталась неизменной, поэтому не породила каких-либо особых сомнений в возможности сторон реализовать их права.

Это, в частности, справедливо для так называемой письменной стадии разбирательства. Многие арбитражные центры и до пандемии позволяли представлять процессуальные документы в электронном виде¹¹. Аналогичным образом в большинстве случаев происходит и обмен процессуальной документацией с составом арбитража. Например, в практике автора встречались разбирательства, где, за исключением текста итогового решения, в руки сторон не попадал ни один бумажный носитель.

По большому счету в отсутствие сомнения сторон в полномочиях представителя другой стороны (которые в международном коммерческом арбитраже зачастую презюмируются), а также в достоверности тех или иных письменных доказательств необходимости в представлении оригиналов документов на современном этапе действительно не имеется. Кроме того, следует помнить, что современный коммерческий оборот по большей части является именно электронным, что предопределяет представление большинства письменных доказательств в электронном виде.

Основное влияние установленные ограничения оказывают именно на процедуру устного слушания, поскольку последнее зачастую объединяет множество акторов: арбитров, секретарей или докладчиков, стороны, их юридических представителей, свидетелей, экспертов, переводчиков, многие (а иногда и все) из которых представляют различные правовые порядки, что в текущих условиях делает невозможным их сбор в одной локации.

Часто очное устное слушание рассматривается как своего рода краеугольный камень справедливой процедуры, в то время как виртуальные слушания до настоящего момента имеют свои объективные ограничения. Особенно негативное воздействие в рамках разбирательства может быть оказано на пояснения сторон, экспертов, а также на прямой и перекрестный допрос свидетелей. В ходе исследования всех перечисленных средств доказывания критически важным для состава арбитража является возможность не только слышать устную информацию, которая сообщается тем или иным

¹¹ Сюда относятся: запрос на арбитраж, ответ на запрос на арбитраж, исковое заявление, отзыв на исковое заявление и т. д. Набор этих документов может меняться в зависимости от применимых правил арбитража. См., например: ст. 3 Арбитражного регламента Гонконгского международного арбитражного центра (HKIAC); ст. 2.1 Арбитражного регламента Сингапурского международного арбитражного центра (SIAC); ст. 10 Арбитражного регламента Российского арбитражного центра. С упоминаемыми в статье регламентами арбитражных институций можно ознакомиться на официальных сайтах данных институций.

участником разбирательства, но также оценить его невербальное поведение, чтобы в итоге прийти к заключению, насколько представляемое доказательство правдиво и, как следствие, достоверно.

Далее мы оценим отдельные элементы разбирательства с точки зрения принципов процессуальной справедливости.

1. Решение вопроса о проведении слушаний онлайн. Один из важнейших вопросов, который почти каждый действующий арбитражный трибунал вынужден решать в условиях пандемии, следующий: допустимо ли в принципе проведение виртуального слушания вместо обычного? В такой ситуации составу арбитража требуется проанализировать целый ряд факторов.

Своего рода руководством к действию для арбитров на текущий момент стала инструкция известного египетского специалиста, вице-президента Международного арбитражного суда Международной торговой палаты профессора Мохаммеда Абдель Вахаба¹², который указывает на необходимость при определении допустимости проведения виртуальных слушаний последовательного анализа следующих моментов:

1. В качестве первого фактора профессор Абдель Вахаб предлагает установить, предусматривает ли применимое право (*lex arbitri*) или арбитражный регламент прямую ссылку на проведение очных (*in person*) устных слушаний по существу. Если в соответствии с правилами очное слушание означает необходимость физического присутствия, тогда состав арбитража не вправе принимать решение о проведении виртуального устного слушания без согласия сторон. В противном случае высок риск отмены арбитражного решения.

2. Если применимое право или арбитражный регламент прямо предусматривают возможность использования цифровых технологий, никакого дополнительного согласия от сторон разбирательства на проведение его в виртуальном формате, по мнению автора инструкции, не требуется. Тем не менее автор обращает внимание на сохранение в такой ситуации минимального риска возможной отмены решения.

3. Если применимое право и арбитражный регламент ничего не говорят о возможности проведения виртуальных слушаний или использовании цифровых технологий, существует два вероятных варианта:

(1) Отсутствие таких положений означает фактическую невозможность для состава арбитража продолжить разбирательство с проведением виртуального слушания без согласия сторон.

(2) Отсутствие соответствующего запрета в законодательстве и регламенте может означать, что состав арбитража обладает дискрецией на положительное разрешение вопроса о проведении виртуального слушания без согласия сторон, если он считает такую форму разбирательства надлежащей.

При этом для определения того, какой подход является правильным в конкретной ситуации, профессор Абдель Вахаб предлагает ответить на следующие вопросы:

(а) Содержит ли применимое законодательство и/или регламент прямое положение о том, что состав арбитража вправе проводить разбирательство таким образом, который считает надлежащим?

¹² Ross A. What if parties don't agree on a virtual hearing? A pandemic pathway // Global Arbitration Review. 05.05.2020: <https://globalarbitrationreview.com/article/1226483/what-if-parties-dont-agree-on-a-virtual-hearing-a-pandemic-pathway> (дата посещения — 09.07.2020).

(б) Содержит ли применимое право и/или правила арбитража ссылку на возможность сторон представить свое дело полностью или данная возможность обозначена как разумная?

(в) Какой принцип является определяющим в соответствии с правом места арбитража: отсутствие запрета означает дозволение либо же возможность требует прямого разрешения? Как известно, большинство современных правовых систем — приверженцы первого принципа, однако, к примеру, российская судебная практика часто удивляет использованием второго¹³.

(г) Является ли проведение устного слушания императивным требованием применимого права (в том числе в ситуации, когда оно запрошено стороной разбирательства) либо же состав арбитража обладает полномочиями рассмотреть дело на основании документов, даже когда стороны запрашивают проведение устного слушания? В том случае, если применимое право позволяет трибуналу рассматривать дело исключительно на основании документов, виртуальное слушание даже при наличии возражений сторон не будет нести в себе серьезный риск, поскольку проведение такого слушания предоставит сторонам определенную преференцию по сравнению с рассмотрением дела исключительно на основании документов.

(д) Возражают ли обе стороны против виртуального слушания в отсутствие описанной в пункте (г) опции? Если да, то очевидно, что трибунал не может заслушать дело виртуально в связи с высоким риском отмены решения.

(е) Запрещает ли первый процедурный приказ состава арбитража (или иной документ, в котором устанавливаются конкретизирующие правила процедуры, не отраженные в регламенте¹⁴) разрешать отдельные процедурные вопросы без согласия сторон?

(ж) Ограничено ли проведение слушания каким-либо временным интервалом, за пределами которого юрисдикция трибунала *ratione temporis* истечет и не может быть продлена, а слушание при этом должно быть проведено? В такой ситуации единственным выходом состава арбитража будет проведение виртуального слушания, невзирая на риск возможной отмены решения, поскольку в противном случае превышение установленного временного лимита будет означать прекращение мандата арбитража с более чем вероятной последующей отменой решения.

(з) Позволяет ли гражданское процессуальное законодательство страны места арбитража осуществлять разбирательство в государственных судах с использованием информационных технологий и признаются ли такие разбирательства полновесными?

4. Следует определить: делают ли обстоятельства конкретного дела удобным его виртуальное рассмотрение? Оценке здесь подлежит доступ сторон к надежным технологиям, природа и объем доказательств и пр.

¹³ Особенно ярко подобный подход российских судов проявил себя в вопросах арбитрабельности. Например, несмотря на отсутствие законодательного запрета до недавнего времени отрицательно решался вопрос о допустимости рассмотрения третейскими судами споров, вытекающих из договоров, заключенных на основании Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». Точно так же до проведения реформы третейского разбирательства в 2016 г. все виды корпоративных споров были отнесены к неарбитрабельным, вне зависимости от их природы и характера спора. Здесь и далее с упоминаемыми в статье законодательными актами РФ можно ознакомиться в СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ Сюда можно отнести, например, предусмотренный ст. 23 Арбитражного регламента ICC Акт о полномочиях (Terms of Reference).

5. Если применимое право противоречит применимому регламенту в части допустимости проведения виртуальных слушаний, решение будет зависеть от того, являются эти положения *lex arbitri* императивными или диспозитивными.

При решении всех перечисленных вопросов профессор Абдель Вахаб предлагает руководствоваться резолюцией Ассоциации международного права 2016 г.¹⁵, определяющей так называемые неотъемлемые, подразумеваемые и дискреционные полномочия арбитражного трибунала.

2. Конфиденциальность разбирательства. Одной из основных проблем, связанных с переходом арбитража в цифровую среду, является необходимость обеспечения соблюдения важнейшего принципа третейской процедуры — конфиденциальности, причем в отношении как содержимого электронных документов, так и сеансов видеоконференцсвязи.

Современные технологии в целом позволяют обеспечить высокую степень надежности при защите информационных систем, однако навыки хакеров также продолжают развиваться. В результате международный арбитраж все чаще сталкивается с нарушением кибербезопасности. Достаточно упомянуть, что в 2015 г. в ходе рассмотрения территориального спора Филиппин с Китаем хакеры взломали электронную площадку Министерства юстиции Филиппин, хранилище юридической фирмы, представляющей Филиппины в процессе, а также веб-сайт Постоянного третейского суда в Гааге, администрирующего разбирательство¹⁶.

Несмотря на расцвет рынка систем конференцсвязи, надежные системы требуют больших дополнительных вложений со стороны арбитражных учреждений и постоянного контроля со стороны IT-специалистов. Вопреки распространенному мнению, за исключением отдельных, наиболее востребованных институций, большинство арбитражных центров просто не способно осуществить вложения в безопасность интернет-соединений по примеру крупных транснациональных корпораций. При этом, как правило, арбитражные учреждения прямо подчеркивают, что не одобряют ни одну из сторонних платформ и не гарантируют, что эти платформы подходят для проведения разбирательства¹⁷.

Некоторые инструкции, подготовленные арбитражными учреждениями в связи с пандемией, сосредоточены на технических аспектах виртуальных слушаний, учет которых может способствовать соблюдению конфиденциальности. Так, например, в Руководстве для арбитров и сторон по

¹⁵ Резолюция Ассоциации международного права № 4/2016 вместе с Приложением «Рекомендации комитета Ассоциации международного права по международному коммерческому арбитражу по вопросу неотъемлемых и подразумеваемых полномочий международных арбитражных трибуналов» (Йоханнесбург, 2016 г.) // International Law Association: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees> (дата посещения — 09.07.2020).

¹⁶ Healey J., Piiparinen A. Did China Just Hack the International Court Adjudicating Its South China Sea Territorial Claims? // The Diplomat. 27.10.2015: <https://thediplomat.com/2015/10/did-china-just-hack-the-international-court-adjudicating-its-south-china-sea-territorial-claims/> (дата посещения — 09.07.2020).

¹⁷ См., например: Руководство для арбитров и сторон по проведению виртуальных слушаний Международного центра по разрешению споров Американской арбитражной ассоциации = Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties. / American Arbitration Association; International Center for Dispute Resolution: <https://go.adr.org/covid-19-virtual-hearings.html> (дата посещения — 09.07.2020).

проведению виртуальных слушаний Международного центра по разрешению споров Американской арбитражной ассоциации указывается, что платформа, которую состав арбитража планирует использовать для разбирательства, должна предоставлять возможность создания персональной виртуальной комнаты непосредственно для проведения слушания (иными словами, онлайн-конференция для слушания должна всякий раз быть вновь созданной, а не постоянной личной конференцией кого-то из участников)¹⁸. Вход в виртуальную комнату должен быть защищен паролем, который подлежит распространению среди участников разбирательства посредством иного канала связи, нежели тот, по которому направляется само приглашение на виртуальную конференцию. Участники разбирательства должны использовать защищенное интернет-соединение, не давая посторонним лицам возможности видеть или слышать происходящее в рамках слушания.

Организатор виртуальной конференции (с правами технического администратора) должен обладать сведениями о списке участников и их адресах электронной почты. При этом все приглашения для участия в конференции рассылаются одним лицом. В названии виртуальной сессии не следует указывать имена сторон или названия компаний сторон спора. Возможность переговоров посредством индивидуального чата, который, как правило, предусмотрен во всех современных платформах для онлайн-конференций, должна быть отключена в пользу общего чата. Авторы документа подчеркивают, что запись или фотографирование слушания (например, посредством изготовления скриншотов экрана) могут осуществляться лишь с разрешения состава арбитража.

3. Язык разбирательства. Насколько эффективный перевод можно обеспечить в условиях виртуальных слушаний? Зачастую трибуналы предпочитают организовывать последовательный перевод любых видов объяснений и допросов (будь то сторон, экспертов или свидетелей). Однако иногда, в особенности в крупных многочасовых разбирательствах, арбитры выбирают синхронный перевод. Тем не менее опытные участники разбирательств знают, что подчас даже профессионального переводчика бывает необходимо прервать, поправить или «направить» в нужное русло. В текущих условиях такие меры кажутся затруднительными, что может сказаться на процедуре исследования доказательств.

4. Раскрытие письменных доказательств. По-настоящему сложный вопрос в связи с пандемией в действительности возникает также в отношении процедуры раскрытия доказательств, в особенности в тех юрисдикциях, где практикуется так называемое широкое раскрытие.

Здесь ситуация осложняется не столько форматом слушаний, сколько самой изоляцией. Стороны могут испытывать затруднения в получении документов, в том числе по причине того, что источники таких документов могут быть недоступны в период действующих ограничений. Многие предприятия работают в удаленном режиме, из-за чего физический доступ к различным хранилищам и архивам может быть затруднен. Даже внутренние сотрудники компании-истца могут работать дистанционно. Все это предопределяет те сложности для стороны, на которой лежит обязанность по раскрытию того

¹⁸ Ibid. Virtual Hearing Security Considerations. Art. 1.

или иного письменного доказательства. Таким образом, проблемы, связанные с пандемией, могут возникать и на более ранних этапах, еще до проведения устного слушания.

Аналогичные трудности возможны и при исследовании такого средства доказывания, как периодически практикуемый в международном арбитраже осмотр места.

5. Допрос свидетелей и экспертов. Как известно, в международном арбитраже последовательность процедуры допроса эксперта и свидетеля очень похожа¹⁹. По общему правилу, указанные участники вначале участвуют в прямом допросе (*direct examination*), а затем в перекрестном допросе (*cross examination*).

Не выдерживает особой критики рекомендация, зафиксированная во многих инструкциях и руководствах последнего времени, о том, что процедуру допроса свидетелей и экспертов в условиях виртуальных слушаний следует сократить до стадии перекрестного допроса в целях оптимизации процедуры.

Восприятие устных показаний свидетеля, даже когда речь идет о стадии прямого допроса, с психологической точки зрения серьезно отличается от восприятия его письменных показаний (которые так же, как и письменные доказательства, обычно подлежат представлению на более ранней стадии процедуры²⁰). Вот почему опытные представители не пренебрегают проведением прямого допроса, а значит, не следует пропускать его и в ходе виртуальных слушаний.

Как известно, перекрестный допрос в международном коммерческом арбитраже вызывает большие сложности, поскольку как сами свидетели и эксперты, так и юридические представители, а также арбитры могут представлять различные правовые порядки, в которых проповедуется разный подход к методике проведения такого допроса, и говорить на разных языках, в результате чего при допросе придется использовать услуги переводчиков (в особенности когда свидетель не владеет языком разбирательства). Однако в рамках виртуального слушания такая задача становится еще более трудоемкой. В этой связи как в доктрине²¹, так и в арбитражной практике²² высказывались точки зрения, согласно которым проведение очного допроса по сравнению с допросом посредством видеоконференции является предпочтительным.

Кроме того, проведение слушаний удаленно зачастую не позволяет полностью исключить ситуацию, при которой на свидетеля или эксперта по ходу допроса будет в той или иной форме (подсказок, консультаций) оказано

¹⁹ См., например: Руководство Королевского института арбитров по проведению допроса свидетелей в международном арбитраже с пояснительной запиской / Chartered Institute of Arbitrators: <http://www.ciarb.org/media/4555/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf> (дата посещения — 09.07.2020). Более подробно о порядке допроса свидетеля в международном арбитраже см.: Гребельский А. В. Свидетельские показания в международном коммерческом арбитраже // *Хозяйство и право*. 2015. № 10. С. 73–86.

²⁰ См.: Гребельский А. В. Указ. соч. С. 78.

²¹ O'Malley N. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. London, 2012. P. 236.

²² *Aguas del Tunari S. A. v. The Republic of Bolivia*. ICSID Case № ARB/02/3. Decision on Respondent Objection to Jurisdiction. Par. 41: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10957_0.pdf (дата посещения — 09.07.2020).

влияние стороной, по ходатайству которой он привлечен в процесс, либо же когда свидетель будет обращаться к документам, которых нет в распоряжении трибунала или другой стороны разбирательства. Как удостовериться, что этого не случится?

В настоящее время можно предложить два варианта решения проблемы. Первым вариантом является использование так называемых 3D-комнат для размещения свидетелей и экспертов в целях участия в видеоконференции. Эти комнаты представляют собой обычные квадратные помещения, съемка в которых ведется одновременно с четырех углов. Услуги по организации таких виртуальных слушаний в иностранных юрисдикциях уже оказывают специализированные комплексы, предназначенные для проведения заседаний третейских судов, а также для иных альтернативных форм разрешения споров²³. В России, где, в отличие от зарубежных арбитражных центров, арбитражные учреждения самостоятельно предоставляют помещения для проведения арбитражных слушаний, такие комплексы пока не созданы.

Альтернативным решением могло бы стать содействие в организации допроса со стороны специалиста, назначаемого трибуналом и осуществляющего контроль за тем, чтобы в ходе удаленного допроса никто не мог осуществить доступ к свидетелю и его тайный инструктаж. Функцию такого специалиста может выполнять также представитель противоположной стороны. Аналогичный инструмент в арбитраже применяют при решении вопроса о наличии доказательственной привилегии в том или ином документе — трибунал, воздерживаясь от ознакомления с содержимым документа, назначает независимое лицо для оценки наличия привилегии²⁴. Серьезную помощь в этом плане могло бы оказать сотрудничество арбитражных институтов в форме предоставления соответствующей услуги, как это уже сейчас происходит при организации устных слушаний и хранении материалов дел²⁵.

Кроме того, любые технические проблемы, возникающие по ходу слушания произвольно или в результате действий одной из сторон, такие как, например, разрыв интернет-соединения, различного рода помехи, задержка в передаче информации и т. п., также могут снизить эффективность устного слушания, в особенности при допросе свидетелей, либо вообще поставить под угрозу проведение перекрестного допроса. Эти проблемы при проведении виртуальных слушаний могут привести к тому, что доказательственное значение свидетельских показаний будет утрачено.

6. Пояснения сторон. Важнейшими элементами устного слушания, по нашему мнению, являются пояснения сторон. Эти пояснения могут проходить в два этапа: на начальной стадии слушания, когда стороны или их представители дают пояснения по фактическим обстоятельствам, или на заключительной стадии исследования доказательств, когда стороны могут

²³ См., например: The International Dispute Resolution and Arbitration and Mediation Centre, London (IDRC, www.idrc.co.uk); Maxwell Chambers, Singapore (www.maxwellchambers.com); Stockholm International Hearing Centre (<https://www.sihc.se/>) и др.

²⁴ См.: Гребельский А. В. Доказательства в международном коммерческом арбитраже: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 90–92.

²⁵ Арбитражный центр при РСПП оказал содействие сторонам арбитража по делу, администрируемому Арбитражным институтом Торговой палаты Стокгольма: Новость на сайте Арбитражного центра при РСПП от 25.03.2020: <https://arbitration-rspp.ru/news/25-03-2020/> (дата посещения — 09.07.2020).

привести свою оценку представленных доказательств на предмет достоверности и достаточности.

Получающая все большее распространение рекомендация вместо проведения этих этапов ограничиться исключительно письменными пояснениями по результатам виртуального устного слушания (post-hearing briefs) представляется автору ошибочной²⁶.

7. Совещание арбитров, вынесение и направление решения. Теперь обратим внимание на финальную стадию арбитражного разбирательства — обсуждение и подготовку составом арбитража итогового решения в ситуации, когда все арбитры или часть из них находятся в разных локациях. Попутно следует заметить, что обсуждения между арбитрами чрезвычайно важны не только при вынесении итогового решения, но также и для обсуждения отдельных процедурных вопросов, которых по ходу каждого слушания возникает немало. Попыткой решения проблемы организации виртуальных совещаний арбитров являются так называемые виртуальные комнаты отдыха (breakout rooms, хотя, возможно, правильнее было бы называть их совещательными комнатами).

Невозможность обсудить процедурные вопросы «с глазу на глаз» неизменно приводит как к сбоям в самой процедуре, так и к недостаткам в итоговом решении. Опытные арбитры знают, что совет, подсказка или замечание одного из арбитров может в корне изменить весь ход разбирательства.

Согласно многим национальным законам, итоговое решение выносится в виде единого подписанного документа²⁷. Возможно ли его подписание каждым из арбитров дистанционно и исключительно в электронном виде? Будет ли такое решение носить статус окончательного? Ответ зависит от права государства, где такое решение подлежит исполнению.

Трудности возникают и в отношении направления решений. Например, Лондонский международный третейский суд (ЛМТС, LCIA) регламентировал направление решений в ходе пандемии исключительно в электронной форме, в то время как оригиналы и надлежащим образом удостоверенные копии решений планировалось направлять сторонам лишь после того, как офис этой институции вновь будет открыт после пандемии²⁸. Аналогичным обра-

²⁶ Аналогичную точку зрения можно отыскать и в доктрине. Например, авторы известного французского издания по международному арбитражу Э. Гайар, Ф. Фушар и Б. Голдман в своей книге «On International Commercial Arbitration» высказывают следующее соображение: «Цель устных выступлений — дать возможность сторонам подытожить и представить в организованном виде большинство фактических и юридических вопросов, по которым стороны не согласны. Это предполагает, что сторонам будет предоставлено достаточно времени, особенно после заключительного заслушивания свидетелей, чтобы соответствующим образом подготовить свои [устные] заявления» (Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard; J. Savage. The Hague; Boston; London, 1999. Par. 706). Аналогичной точки зрения придерживаются американские авторы Дэвид Кэрон и Ли М. Каплан: «Любая сторона имеет право проводить слушания не только для представления свидетельских показаний, но и для устных аргументов» (Caron D. D., Caplan L. M., The Uncitral Arbitration Rules: A Commentary. Oxford, 2012. P. 49).

²⁷ См., например: ч. 1 ст. 31 Закона РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»; ст. 31 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»; ч. 3 ст. 52 Закона Англии об арбитраже 1996 г.; ст. 31 Закона Швеции «Об арбитраже». С иностранными законами об арбитраже можно ознакомиться на сайте Арбитражной Ассоциации (на англ. яз.): <https://arbitration.ru/media/library/law/zakony-ob-arbitrazhe/> (дата посещения — 10.07.2020)

²⁸ LCIA Services Update: COVID-19. 18.05.2020 / The London Court of International Arbitration (LCIA): <https://www.lcia.org/lcia-services-update-covid-19.aspx> (дата посещения — 10.07.2020).

зом все коммуникации со сторонами осуществляет еще ряд центров. Указанное обстоятельство представляет собой проблему. Например, в соответствии с российским процессуальным законодательством для возбуждения процедуры признания и приведения в исполнение арбитражного решения требуется представить его оригинал или надлежащим образом заверенную копию (п. 1 ч. 4 ст. 242 АПК РФ, ч. 2 ст. 416 ГПК РФ). Кроме того, как правило, именно с даты получения решения у сторон начинается течь срок на его обжалование в государственном суде, если в отношении решения не заключено исключающее соглашение²⁹.

Таким образом, полный отказ от обмена «бумажной» корреспонденцией между арбитражным учреждением, арбитром и сторонами невозможен.

На чем основаны правовые риски, порождаемые виртуальными слушаниями?

Что же препятствует арбитражным трибуналам назначать проведение виртуальных слушаний каждый раз, когда, по их мнению, такие слушания были бы уместны? Ведь, как известно, при определении правил процедуры состав арбитража пользуется широчайшей дискрецией. Это справедливо как для стран общего права, так и для континентальной юрисдикции, в том числе для тех правопорядков, арбитражное законодательство которых основано на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже³⁰.

Ответ на поставленный вопрос кроется в опасениях арбитров допустить серьезное процессуальное нарушение. Страх этот, на протяжении длительного времени в зарубежной литературе именуемый не иначе как “*due process paranoia*”, основан на риске отмены арбитражного решения либо отказа в приведении его в исполнение (*enforcement risk*).

Национальное законодательство многих стран предусматривает возможность отмены арбитражного решения по основанию нарушений основных принципов арбитражной процедуры, включая право на справедливое разбирательство (примером может служить ст. 68 Закона Англии об арбитраже 1996 г., а также во многом схожие положения Типового закона ЮНСИТРАЛ — пп. ii) и iv) ст. 34(a). Аналогичным образом стороны могут ссылаться и на положения Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении

²⁹Разумеется, суды прогрессивных правопорядков в этой ситуации могут довольствоваться сведениями о соответствующем уведомлении по электронной почте. Однако в менее проарбитражных странах подобное уведомление может вызвать вопросы. Так, в практике автора имелся случай, когда признание и приведение в исполнение решения МКАС при ТПП РФ на территории Китая было осложнено тем, что, в отличие от всей остальной корреспонденции, итоговое арбитражное решение было направлено компании-ответчику лишь по одному из имеющихся в распоряжении состава арбитража адресов.

³⁰https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата посещения — 10.07.2020). Например, в соответствии со ст. 34 Закона Англии об арбитраже 1996 г. состав арбитража разрешает все процедурные вопросы и вопросы доказывания, при этом стороны могут прийти к соглашению по любому такому вопросу. Аналогичным образом, согласно ч. 2 ст. 19 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», в отсутствие соглашения сторон о процедуре третейский суд может с соблюдением положений Закона осуществлять арбитраж таким образом, какой он считает надлежащим, в том числе в отношении определения допустимости, относимости и значимости любого доказательства. Указанное положение воспроизводит положение ст. 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (п. (b) ч. 1 ст. 5) и Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (п. (b) и (d) ст. 9)³¹.

Попутно заметим, что сказанное справедливо не только для коммерческого, но и для инвестиционного арбитража. Например, Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров 1965 г. позволяет отменить решение трибунала Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в комитете *ad hoc*³², если имело место существенное отклонение от правил процедуры (пп. (d) ч. 1 ст. 52).

Все приведенные в предыдущем разделе ограничения и коллизии, связанные с виртуальными слушаниями, безусловно, могут оказывать негативное влияние на реализацию права сторон на справедливое разбирательство (включая право на равное обращение, право представить свое дело и отвечать на требования другой стороны) и, как следствие, увеличивать риск отмены или неисполнения решения.

Сейчас сложно предсказать, насколько прагматичным будет подход государственных судов в рамках дел, где будут рассматриваться соответствующие возражения сторон против признания и приведения в исполнение арбитражных решений либо заявления об их оспаривании по основаниям процедурных нарушений, допущенных в рамках виртуальных слушаний.

С одной стороны, можно предположить, что в расчет будут приняты те экстраординарные обстоятельства, в которых проходило разбирательство. Однако не стоит забывать и о правопорядках, не исповедующих проарбитражный подход, в которых любое процедурное нарушение может стать весомым основанием для лишения арбитражного решения юридической силы.

Текущая ситуация наглядно иллюстрирует противоречие между двумя принципами, положенными в основу современного третейского разбирательства, — правом на справедливое разбирательство и установкой на проведение быстрой и эффективной процедуры с соблюдением предусмотренных для нее сроков. Состав арбитража находится как бы между двумя этими принципами и должен обеспечивать соблюдение баланса между ними.

Время арбитра нелегко: каждое процессуальное полномочие подразумевает ответственность, каждая возможность порождает обязанность. Вот почему подчас составу арбитража так сложно совмещать скорость со справедливостью. Как говорил еще в 1943-м г. английский лорд-судья Эткин (в те времена, когда никто и помыслить не мог о виртуальных слушаниях), удобство и справедливость не всегда могут договориться между собой³³.

Какие правовые инструменты призваны устранять правовые риски, связанные с виртуальными слушаниями?

Некоторые иностранные правопорядки исполнили запрос пользователей на внедрение новых технологий в арбитраж и приняли соответствующие изменения в действующее законодательство, что может способствовать

³¹ С упоминаемыми в статье международными конвенциями можно ознакомиться в СПС «КонсультантПлюс».

³² Формируется в составе трех человек по заявлению об отмене решения арбитража на основании ст. 52 Вашингтонской конвенции 1965 г.

³³ *General Medical Council v. Spackman* // Appeal Cases. 1943. P. 627–638.

большей «устойчивости» принятых по результатам виртуальных слушаний решений. Так, например, поправки, позволяющие осуществлять допрос свидетелей в той форме, в которой арбитраж сочтет приемлемым, включены в законодательство об арбитраже Нидерландов³⁴. Закон ОАЭ об арбитраже прямо указывает, что слушание может быть проведено с использованием современных средств коммуникации без физического присутствия сторон³⁵. Российский закон «О международном коммерческом арбитраже», несмотря на относительно новую редакцию, пока не воспринял такие положения.

В некоторые арбитражные регламенты также уже давно были включены положения, позволяющие проводить слушания дистанционно. Так, например, ст. 19.2 Арбитражного регламента ЛМТС позволяет проводить слушания посредством видео- или телеконференции.

В России все три действующих арбитражных учреждения общей компетенции могут использовать современные технологии в рамках слушаний. Так, Правила арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ в ст. 30 закрепляют возможность для стороны обратиться заблаговременно к третейскому суду с просьбой об участии в устном слушании посредством использования систем видеоконференцсвязи. Такая просьба рассматривается третейским судом с учетом обстоятельств дела, мнения другой стороны и наличия технических возможностей. Третейский суд вправе провести заслушивание свидетелей или экспертов посредством использования систем видеоконференцсвязи (п. 6).

Статья 47 Регламента Арбитражного центра при РСПП позволяет по решению третейского суда или по согласованию с ним осуществлять проведение устного слушания дела, заслушивание показаний свидетелей или экспертов, а также проведение иных действий, которые третейский суд считает необходимыми, посредством видеоконференцсвязи или иного технического способа передачи данных.

В соответствии с Регламентом Российского арбитражного центра устное слушание также может проводиться путем использования систем теле- или видеоконференцсвязи (ч. 7 ст. 39).

Другие арбитражные учреждения пошли по пути расширительного толкования имеющихся положений. Например, Арбитражный регламент Международного арбитражного центра в Сингапуре (SIAC) в ст. 19 предусматривает право состава арбитража осуществлять ведение арбитражного разбирательства таким образом, который он считает надлежащим после консультации со сторонами, с целью обеспечения справедливого, быстрого, экономного и окончательного разрешения спора. По мнению самой арбитражной институции, такое положение позволяет арбитрам использовать системы видеоконференцсвязи³⁶.

³⁴ Часть 2 ст. 1041 Книги четвертой «Арбитраж» ГПК Нидерландов (с изм. 2015 г.): <https://www.twobirds.com/~media/vertaling-nl-arbitragewet.pdf?la=en> (дата посещения — 10.07.2020).

³⁵ Часть 3 ст. 33 Федерального закона ОАЭ № 6 об арбитраже: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2013/07/United-Arab-Emirates-Arbitration-Law.pdf> (дата посещения — 10.07.2020).

³⁶ См. комментарии 12, 13, 14 разд. Ответы SIAC на часто задаваемые вопросы в связи с пандемией = SIAC COVID-19 Frequently Asked Questions (FAQs) / Singapore International Arbitration Centre: <https://www.siac.org.sg/faqs/siac-covid-19-faqs> (дата посещения — 10.07.2020).

Аналогично Международная торговая палата в своем Руководстве по возможным мерам для смягчения эффекта пандемии COVID-19³⁷, уже получившем подробное освещение³⁸, обращает внимание на то, что в соответствии со ст. 22.1 Регламента ИСС состав арбитража должен стараться проводить разбирательство в быстрой и экономичной форме.

Статья 25.2 Арбитражного регламента ИСС предусматривает, что после изучения пояснений сторон и иных письменных материалов, на которые они ссылаются, состав арбитража должен заслушать стороны в совместном очном заседании, если какая-либо из них просит об этом. Данная формулировка может быть истолкована как позволяющая сторонам участвовать в «живом» состязательном процессе, что не исключает проведение слушания виртуально, если того требуют обстоятельства.

В Руководстве также отмечается, что согласно ст. 25.1 Регламента состав арбитража должен приступить к установлению фактических обстоятельств по делу настолько быстро, насколько это возможно любым надлежащим способом. При этом ст. 25.2 Регламента определяет, в каких ситуациях состав арбитража может рассмотреть спор исключительно на основе письменных документов и материалов или путем проведения устного слушания. С учетом этого, а также ссылаясь на Отчет Арбитражной комиссии ИСС о механизмах по контролю за временем и расходами в международных арбитражных разбирательствах ИСС³⁹, разработчики Руководства делают вывод, что именно состав арбитража должен решить, когда проведение слушания с использованием систем видеоконференцсвязи является вполне достаточным в свете обстоятельств дела.

По мнению авторов Руководства, до пандемии арбитры часто проявляли излишнюю осторожность и назначали как минимум одно очное слушание, когда стороны просили об этом. Пандемия COVID-19 внесла коррективы в этот чересчур предусмотрительный подход, поскольку проведение очного устного слушания в разумный срок стало попросту невозможным, а ожидание того, когда эта возможность вновь появится, приводит к необоснованной задержке и ущербу для сторон.

Следовательно, состав арбитража может в соответствующих обстоятельствах применять различные подходы и использовать свои полномочия по организации процедуры разбирательства таким образом, чтобы исполнить свое регламентированное обязательство по проведению разбирательства быстро и экономично (п. 23–25 Руководства).

Поскольку большинство регламентов прямо не указывают на возможность проведения слушаний дистанционно, однако и не исключают их удаленный формат, многие арбитражные центры с целью развеять сомнения

³⁷ ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic / International Chamber of Commerce: <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/> (дата посещения — 10.07.2020).

³⁸ Philippe M. Offline or Online? Virtual Hearings or ODR? // Kluwer Arbitration Blog. 26.04.2020: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/26/offline-or-online-virtual-hearings-or-odr/> (дата посещения — 10.07.2020).

³⁹ ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration: <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration/> (дата посещения — 10.07.2020).

арбитров и сторон относительно возможности проведения виртуальных слушаний подготовили ряд дополнительных документов, содержащих рекомендации по проведению слушаний онлайн. Подобные указания подготовлены также организациями, чья деятельность традиционно ориентирована на международный коммерческий арбитраж и международный гражданский процесс. К наиболее интересным документам, имеющимся в распоряжении участников разбирательств, на сегодняшний день следует отнести:

✓ Руководство Гагской конференции по международному частному праву по использованию видеосвязи в рамках Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским и торговым делам⁴⁰;

✓ Записки ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства 2016 г. (в частности, ст. 17(c)(ii))⁴¹;

✓ Руководство МЦУИС по онлайн-слушаниям⁴²;

✓ Руководство королевского института арбитров по проведению конференций с целью допроса свидетелей⁴³.

✓ Отчет Арбитражной комиссии ICC о применении информационных технологий в международном арбитраже⁴⁴.

✓ Чеклист Арбитражного института DELOS (Франция) по проведению слушаний в период пандемии Covid-19⁴⁵.

Ценные практические ответы на некоторые вопросы, возникшие в связи с необходимостью проведения устных слушаний онлайн, содержит Сеульский протокол по использованию видеоконференцсвязи в международном арбитраже⁴⁶.

Впервые Сеульский протокол, авторами которого выступили несколько известных корейских специалистов в сфере третейского разбирательства, был представлен в 2018 г. Особое внимание протокол уделяет соблюдению принципов справедливого разбирательства.

Так, ст. 1.7 устанавливает, что сеанс видеоконференцсвязи подлежит прекращению, если приводит к явной несправедливости в отношении одной из сторон.

Статья 2.1 Протокола, раскрывающая право сторон представить их дело, предусматривает, что в ходе допроса свидетелей система видеоконференцсвязи должна располагаться в нейтральной локации, которая позволит обеспечить честное, равное и разумное право на доступ всем участникам.

⁴⁰Hague Conference Guide on the Use of Video-Link Under Evidence Convention: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf> (дата посещения — 10.07.2020).

⁴¹UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings 2016: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf> (дата посещения — 10.07.2020).

⁴²A Brief Guide to Online Hearings at ICSID: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=362> (дата посещения — 10.07.2020).

⁴³CIARB Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration: <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf> (дата посещения — 10.07.2020).

⁴⁴ICC Commission Report on Information Technology in International Arbitration: <https://iccwbo.org/publication/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/> (дата посещения — 10.07.2020).

⁴⁵Delos Checklist on Holding Hearings in Times of Covid-19: <https://delosdr.org/index.php/2020/03/12/checklist-on-holding-hearings-in-times-of-covid-19/> (дата посещения — 10.07.2020).

⁴⁶Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration: [https://globalarbitrationreview.com/digital_assets/9eb818a3-7fff-4faa-aad3-3e4799a39291/Seoul-Protocol-on-Video-Conference-in-International-Arbitration-\(1\).pdf](https://globalarbitrationreview.com/digital_assets/9eb818a3-7fff-4faa-aad3-3e4799a39291/Seoul-Protocol-on-Video-Conference-in-International-Arbitration-(1).pdf) (дата посещения — 10.07.2020).

В ст. 3.1 подчеркивается, что все лица, имеющие доступ к видеоконференцсвязи, должны являться участниками процесса и идентифицировать себя в начале видеоконференции. Делается это во избежание тайного инструктажа или давления на свидетеля со стороны лиц, которые не участвуют в видеоконференции.

Согласно ст. 5.1 стороны и состав арбитража могут согласовать технические требования к системе видеоконференцсвязи, которые снизят риск несправедливого обращения со стороной и/или ее свидетелем, обладающими худшими техническими возможностями.

В ответ на растущие требования к кибербезопасности Сеульский протокол вводит положения о надлежащей защите систем видеоконференцсвязи. Правда, обязанность по обеспечению безопасности протокол возлагает на сами стороны: именно они, а не трибунал, должны приложить усилия к тому, чтобы все участники видеоконференцсвязи были защищены. Кроме того, ст. 8 Протокола запрещает запись слушания кем-либо из сторон, за исключением состава арбитража, и ограничивает дальнейшее распространение записи, осуществленной с санкции арбитража⁴⁷.

Одним из интересных предписаний Протокола, которое уже становится своеобразным арбитражным обыкновением, является содержание статьи 6, устанавливающей необходимость проведения тестового сеанса видеоконференцсвязи между всеми участниками заблаговременно, перед основным слушанием, а также необходимость обеспечить запасные каналы связи трибунала со сторонами, например по системам телеконференцсвязи.

Стоит ли арбитрам в действительности опасаться виртуальных слушаний?

Несмотря на перечисленные ранее риски, не следует все же забывать, что решения международных арбитражей весьма устойчивы (с точки зрения процедур отмены либо признания и приведения в исполнение) против аргументов сторон о нарушении процедурных правил.

К примеру, как показало уже упомянутое совместное исследование международной юридической фирмы White & Case и Университета королевы Марии, даже в столь консервативных юрисдикциях, как Китай, лишь около 2 % всех отмен арбитражных решений было связано с процедурными нарушениями. Аналогичные показатели наблюдаются и во многих иных юрисдикциях. На основании этой статистики следует признать, что страхи перед процессуальными нарушениями, которые якобы могут привести к негативным для юридической судьбы арбитражного решения последствиям, являются сильно преувеличенными.

В целом на современном этапе наблюдается определенное смягчение требований к процедуре арбитража. Так, в недавнем прошлом ЮНСИ-ТРАЛ предпринята успешная попытка снизить изначально установленный

⁴⁷Интересно, что в социальных сетях стала появляться информация о том, что одним из преимуществ виртуального слушания для представителей сторон является возможность осуществить собственную запись заседания. Как видно, желание участников разбирательства осуществлять запись идет в разрез с возникающим регулированием, которое представляется нам оправданным.

в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ чрезмерно высокий стандарт справедливого разбирательства, не связанная, разумеется, с желанием ущемить права сторон, а скорее направленная на недопущение злоупотреблений путем ссылок на незначительные нарушения как на основания для отмены арбитражного решения.

Так, ст. 15.1 Регламента ЮНСИТРАЛ 1976 г. устанавливала, что каждой из сторон должны быть предоставлены *все* возможности для изложения своей позиции *на любой* стадии разбирательства, в то время как аналогичная ей ст. 17.1 Регламента в редакции 2013 г. указывает на *разумную* возможность представить свое дело на *соответствующей*⁴⁸ стадии процесса.

Кроме того, далеко не все национальные юрисдикции признают неотъемлемым право сторон на проведение устного слушания. В некоторых странах с континентальной системой право быть услышанным подразумевает возможность представить исключительно письменные пояснения. К примеру, английское⁴⁹ и швейцарское⁵⁰ право не признает автоматической возможности давать устные пояснения по существу спора.

Однако практики государственных судов по вопросам, связанным с виртуальными слушаниями в арбитраже, пока явно недостаточно для каких-то серьезных обобщений. Одним из на шумевших дел, где были затронуты технические проблемы при заслушивании свидетелей онлайн, явился прецедент *Sino Dragon Trading Ltd. v. Noble Resources International Pte Ltd.*⁵¹ Сторона третейского разбирательства обратилась в государственный суд Австралии для решения вопроса об отмене итогового решения, ссылаясь на то, что в ходе разбирательства было нарушено ее право на равное отношение, поскольку она была лишена возможности представить свое дело в полном объеме, что предусмотрено ст. 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ (введенной в действие Австралийским законом об арбитраже 1974 г.) Кроме того, заявитель считал, что нарушены также принципы естественного правосудия и, как следствие, публичный порядок Австралии.

Доказательством этого, по мнению заявителя, являлись технические затруднения, возникшие при допросе свидетелей с использованием приложения WeChat, а также проблемы с качеством перевода, на которые трибунал не обратил внимания. Австралийский суд отказал в отмене решения на том основании, что решение о проведении допроса свидетелей посредством системы видеоконференцсвязи с помощью приложения WeChat было принято с согласия самого заявителя, а следовательно, он и должен был понести негативные последствия возникших технических проблем.

Как нам кажется, решение вопроса о допустимости виртуальных слушаний во многом будет зависеть от условий, при которых виртуальные слушания в государственных судах той или иной юрисдикции являются допустимыми. К примеру, арбитражное процессуальное законодательство Российской Федерации до настоящего момента не регламентировало условия

⁴⁸ В англоязычной версии используется термин “appropriate”.

⁴⁹ Подпункт (h) п. 2 ст. 34 Закона Англии об арбитраже 1996 г.

⁵⁰ Решение Федерального верховного суда Швейцарии по делу *U. v. Eroux G.* От 01.07.1991. RO 117 II 346. Цит. по: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. Par. 1296.

⁵¹ *Sino Dragon Trading Ltd. v. Noble Resources International Pte Ltd.* // Federal Court of Australia. 2016. P. 1131.

участия в заседаниях свидетелей, экспертов, переводчиков. Из краткой правовой позиции ВС РФ по этому вопросу следует, что в отсутствие обоюдного запроса одна из сторон может участвовать в рамках судебного заседания удаленно, если ею заявлено соответствующее ходатайство, в то время как другая сторона в этом случае будет находиться в зале судебного заседания вместе с судьями и участниками процесса⁵².

Некоторые выводы и прогнозы

Вне зависимости от нормативного регулирования допустимости онлайн-заседаний, а также от тенденций судебной практики важно в каждом конкретном случае оценивать целесообразность перевода арбитражного разбирательства в виртуальную плоскость.

Представляется, что для рассмотрения простых «документарных» споров, вытекающих из несмешанных категорий договоров, виртуальный арбитраж в настоящий момент не имеет альтернативы, поскольку помогает сохранить динамику процедуры либо добиться относительно своевременного вынесения решения по спорам, которые могут быть порождены самой пандемией. В таких ситуациях не стоит бояться «выходить в онлайн», поскольку никаких серьезных ограничений для разрешения подобных споров такая процедура не содержит, а слушания с переводом их в виртуальную плоскость не претерпят серьезных изменений. Уместным здесь будет сказать: *“Plus ça change, plus c’est la même chose”*⁵³.

Однако в более сложных ситуациях заинтересованным лицам (включая не только истца и ответчика, но в первую очередь арбитражный трибунал) следует проводить глубокий анализ возможных последствий. В каждом конкретном случае необходимо решать, является ли срочное разрешение спора тем фактором, который может перевесить вышеперечисленные недостатки онлайн-разбирательства, а также риск того, что решение в конечном счете может стать юридически ничтожным.

Предположим, что международный арбитраж пойдет по пути дальнейшей виртуализации слушаний. В действительности перевод столь большого числа слушаний в онлайн-формат может привести к довольно радикальным последствиям для арбитражного сообщества. Каковы могут быть эти последствия?

Во-первых, многие пользователи арбитража (прежде всего компании, осуществляющие деятельность в сфере международной торговли) поймут, что для огромного числа коммерческих споров проведение очных слушаний попросту не требуется. Не последним аргументом здесь выступит уже упомянутый фактор экономии.

Во-вторых, виртуализация слушаний может повлечь размытие некоторых правовых понятий. Например, такая категория, как «место арбитража», хотя и представляет собой на современном этапе своеобразную юридическую

⁵² См.: Постановление Президиума ВС РФ, Президиума Совета судей РФ от 0.04.2020 № 821 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵³ «Чем больше это меняется, тем больше остается неизменным» (фр.). Жан-Батист Альфонс Карр использовал эту фразу в качестве эпиграммы для январского номера журнала *Les Guêpes* за 1849 г.

фикцию, тем не менее возникла в связи с локализацией арбитража в определенном месте. В виртуальном арбитраже эта категория превратится в полнейший анахронизм, несмотря на необходимость поиска применимого *lex arbitri* и определения компетентного государственного суда. Думается, что стороны коммерческих контрактов будут в будущем уделять значительно больше внимания сознательному выбору права, применимого к арбитражной процедуре, а также к выбору компетентного суда, не связывая эти понятия с местом арбитража. Соответственно, подразумеваемый выбор (*implied choice*) применимого права может гораздо чаще отыскиваться в праве, определенном в качестве применимого к контракту в силу наличия соответствующей оговорки или в силу действия коллизионных норм.

В-третьих, правило о представлении письменных документов исключительно в электронном виде может окончательно закрепиться в арбитраже.

В-четвертых, виртуализация слушаний может повлечь дальнейшее сокращение сроков разбирательства, чему будет способствовать отсутствие необходимости в перелетах и разрешении связанных с этим формальностей, бронировании помещений для слушаний, согласовании графика очных слушаний (что традиционно представляет собой одну из проблем). Однако сокращение сроков, как видно на примере отечественного правосудия, неизменно влечет и снижение качества самой процедуры.

Очевидно, что результативные виртуальные слушания требуют гораздо более серьезной подготовки как от состава арбитража, так и от сторон спора, нежели слушания очные, вследствие чего одной из задач трибуналов на современном этапе является наработка опыта регламентации технических особенности таких слушаний, в том числе посредством подготовки соответствующих процедурных приказов.