

В.Н. Ануров,

кандидат юридических наук, LL.M.
(Dundee, Scotland), арбитр VCCA

Опасность нестандартных арбитражных оговорок (итоги I Международного студенческого конкурса МГЮА – 2016)

6 апреля 2016 г. завершился I Международный студенческий конкурс Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) «Модель международного коммерческого арбитража». Проведение Конкурса было приурочено к двум событиям: 85-летию юбилею Университета и 10-летию юбилею Третейского суда при Российском союзе промышленников и предпринимателей (далее – РСПП).

С приветственным словом к участникам Конкурса обратились ректор Университета В.В. Блажеев и президент РСПП А.Н. Шохин. Они выразили надежду, что Конкурс станет эффективной площадкой для обсуждения актуальных правовых проблем, обмена знаниями и профессиональными навыками в сфере третейского разбирательства.

Общая координация всех организационных вопросов осуществлялась преподавателями кафедры международного частного права, возглавляемой доктором юридических наук, профессором Г.К. Дмитриевой. Также глубокую благодарность хочется выразить партнерам Конкурса и лично руководителю аппарата Третейского суда при РСПП А.В. Замазию, президенту НОУ «Школа «ПравоТЭК» В.Г. Нестеренко, главному редактору журнала «Третейский суд» Г.В. Севастьянову.

Порядок проведения Конкурса соответствовал классической модели, состоящей из подготовки письменных состязательных документов и устных слушаний, которые проходили в течение двух дней в основном здании Университета, расположенном по адресу: г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9. Студенты из вузов России и стран СНГ пытались отстаивать интересы истца и ответчика перед членами жюри – ведущими специалистами в сфере международного коммерческого арбитража, арбитрами МКАС при ТПП РФ, Третейского суда при РСПП и других известных центров по разрешению споров. Особенно запомнились яркие выступления команд Института права и политики Российско-Армянского (Славянского) университета, МГУ им. М.В. Ломоносова, Дальневосточного федерального университета, НИУ «Высшая школа экономики», Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Чувашского государственного университета имени И.Н. Ульянова и, конечно же, команд Университета и его филиалов, составивших достойную конкуренцию своим коллегам. В ходе упорной борьбы победу одержала команда Дальневосточного федерального университета.

Как уже было сказано ранее, участникам Конкурса было предложено подготовить письменные состязательные документы на

основе сценария арбитражного дела и защитить интересы Истца и Ответчика в арбитражном разбирательстве, проведенном в соответствии с Регламентом Третейского суда при РСПП. Сценарий арбитражного дела был разработан автором настоящей статьи и посвящен теме «Возмещение потерь и ограничение ответственности в трансграничных нефтесервисных договорах». Эти вопросы составили главный предмет материально-правовых разногласий, которые возникли между Истцом и Ответчиком исходя из следующей факты дела¹.

Истец выступал в качестве Заказчика по Рамочному договору на оказание нефтепромысловых услуг (далее – Рамочный договор), заключенному с Ответчиком, который принял на себя обязательства по проведению на скважине Заказчика геофизических каротажных работ, перфорационно-взрывных работ и анализу проб бурового раствора с использованием отечественного оборудования и привлечением Субподрядчика.

В ходе выполнения работ произошел инцидент, связанный с установкой цементного моста. Причина инцидента была установлена в ходе проведения экспертизы, назначенной в рамках судебного процесса, возбужденного подрядчиком, выполнявшим работы по установке цементных мостов и испытанию нефтеносных пластов (далее – Буровой подрядчик), против Истца. Согласно экспертному заключению, инцидент произошел в результате некачественного выполнения Субподрядчиком работ по установке взрывного пакера.

Государственный арбитражный суд удовлетворил иски требования Бурового подрядчика и вынес решение о взыскании с Истца задолженности по повторной установке цементного моста и испытанию соответствующего нефтеносного пласта в полном объеме.

Истец обратился в Третейский суд с иском к Ответчику о возмещении убытков, составляющих задолженность Истца перед Буровым подрядчиком. В качестве правового обоснования Истец сослался на п. 2 ст. 15 ГК РФ и п. 9.5 Рамочного договора.

Оговорка о возмещении потерь (сторона, предоставляющая возмещение, – Подрядчик)

Пункт 9.5. Рамочного договора

За исключением случаев применения пункта 9.6, ПОДРЯДЧИК несет ответственность и защищает, возмещает потери и освобождает ГРУППУ ЗАКАЗЧИКА от возмещения ущерба по любым ТРЕБОВАНИЯМ, возникшим в связи с утратой (уничтожением) или повреждением имущества либо чрезмерным износом оборудования, принадлежащего ГРУППЕ ПОДРЯДЧИКА.

Подача иска в Третейский суд состоялась за год до вступления в силу ст. 406.1 ГК РФ. В ходе урегулирования спора в претензионном порядке Ответчик указывал на существование задолженности Истца перед Ответчиком, составляющей стоимость неоплаченных работ.

Первые ловушки, расставленные в сценарии арбитражного дела, были связаны с вопросами компетенции Третейского суда и определения применимого права. На первый взгляд арбитражная оговорка, предложенная участникам Конкурса, состоит из стандартных фраз и выражений, обычно используемых при составлении арбитражного соглашения.

Арбитражная оговорка (симметричная часть)

Часть 1 п. 13.2. Рамочного договора

За исключением случаев применения пункта 13.3, все споры или разногласия, возникающие из или в связи с законными требованиями, предъявленными одной СТОРОНОЙ к другой СТОРОНЕ в связи с настоящим ДОГОВОРом, подлежат раз-

¹ В настоящей статье приводятся лишь те обстоятельства и материалы дела, которые имеют значение для правового анализа процессуальных аспектов спора между Истцом и Ответчиком.

решению в Третейском суде при Российском союзе промышленников и предпринимателей в соответствии с его правилами, действующими на дату подачи искового заявления.

Необычным может показаться добавление слов «законные требования» при описании спора, подлежащего разрешению Третейским судом. Эти слова не только уточняют намерение сторон, но и сужают сферу действия арбитражной оговорки. Она уже охватывает не все споры и разногласия, возникающие между сторонами, а лишь те, которые возникают из законных требований Истца.

Ответчику следует обдумать свою позицию по оспариванию компетенции Третейского суда на основании того, что искивые требования выходят за пределы арбитражного соглашения. Рассмотрение данного довода арбитрами предполагает выполнение следующего алгоритма действий. Сначала необходимо определить применимое право либо на основании соглашения сторон, либо на основании обращения к коллизионным нормам, которые арбитры считают применимыми. Затем следует решить вопрос о правовой природе искивых требований. Если они неизвестны применимому законодательству, доводы Ответчика об отсутствии компетенции у Третейского суда приобретают убедительную силу. Арбитражная оговорка становится неисполнимой по причине того, что стороны заложили в нее исключаящий эффект, имеющий негативные последствия для всех участников арбитражного разбирательства. К примеру, ошибка арбитров в оценке довода Ответчика об оспаривании арбитражного соглашения может привести к одному из распространенных пороков арбитражного решения, который, в свою очередь, повлечет его отмену или отказ в его признании и приведении в исполнение. Данные негативные последствия уже давно получили свое нормативное закрепление как на националь-

ном (ст. 34–36 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА)), так и на международном уровне (ст. 9 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.) и ст. 5 Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.)).

Итак, Ответчику следует обратить внимание арбитров на то, что искивые требования не являются законными требованиями по смыслу арбитражной оговорки, так как институт возмещения потерь стал известен российскому праву только с 1 июня 2015 г. (дата вступления в силу новой статьи 406.1 ГК РФ). Привести этот довод целесообразно на устных слушаниях, предварив его вопросами, адресованными Истцу и направленными на уточнение правовой природы искивых требований: какую роль выполняет указание в искомом заявлении на п. 9.5. Рамочного договора (обязательство Подрядчика по возмещению потерь Заказчика); предоставляет ли данный пункт право Истцу на предъявление требований о возмещении убытков?

Положительные ответы на заданные вопросы предполагают обращение к институту возмещения потерь, который не был известен российскому праву до 1 июня 2015 г. и предусматривает другое правовое регулирование, чем в действующей статье 406.1 ГК РФ, поскольку допускает включение в состав имущественных потерь одной из сторон по договору убытков, причиненных ею другой стороной. Уклонение Истца от расставленной ловушки тоже влечет для него негативные последствия, связанные с отказом от использования принципа взаимного освобождения от возмещения ущерба (*mutual hold harmless principle*) и оговорки «удар за удар» (*knock for knock clause*). Они проявятся позже, на стадии рассмотрения дела по существу, когда Ответчик заявит об

отсутствии своей вины в форме грубой неосторожности при установлении причин инцидента. Тогда Истцу вновь потребуется ссылка на п. 9.5 Рамочного договора, устанавливающего обязательство Подрядчика по возмещению потерь Заказчика вне зависимости от наличия вины Подрядчика или неисполнения им своих договорных обязанностей.

Законный характер требований, передаваемых на разрешение Третьей инстанции, может иметь несколько значений. Для Ответчика выгодно придерживаться наиболее тесной связи между законом и требованием, т.е. рассматривать последнее как «основанное на законе» или «предусмотренное законом». Истцу же достаточно будет заявить о соответствии между двумя вышеназванными понятиями, чтобы распространить действие арбитражной оговорки на требования, возникающие из неизвестных российскому праву институтов. Обязательство Подрядчика возместить потери Заказчика хотя и не основано на российском законе, но не противоречит ему, что позволяет рассматривать иски как законные требования. Какое из этих двух значений вкладывали стороны в спорную фразу арбитражной оговорки, должен решить Третьей инстанции суд путем установления их общего намерения при подписании Рамочного договора.

Следующая неясность арбитражной оговорки связана с ее действием во времени. На какую дату должна определяться законность исковых требований? Допустимый промежуток времени для Ответчика достаточно широк, поскольку новая статья 406.1 ГК РФ вступила в силу не только после даты возникновения у Истца права на возмещение потерь, но и после даты подачи искового заявления в Третьей инстанции суд. Кроме того, арбитражная оговорка указывает на последнюю дату как на единственный критерий для определения процессуальных правил, регулирующих порядок

разрешения спора путем проведения арбитражного разбирательства.

По сравнению с Ответчиком Истец не может предложить альтернативные варианты временного критерия. Единственным возражением против позиции Ответчика является утверждение о том, что арбитражная оговорка не содержит прямого запрета на определение законности исковых требований на дату проведения арбитражного разбирательства. В силу же принципа *effet utile* любые сомнения должны толковаться в пользу действительности и исполнимости арбитражного соглашения. Данный принцип, широко применяемый в международном коммерческом арбитраже, получил свое нормативное закрепление в ч. 8 ст. 7 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 383-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», вступающего в силу с 1 сентября 2016 г.

Если довод о выходе исковых требований за пределы арбитражной оговорки не найдет поддержки у арбитров, Ответчик может обратиться к другому средству правовой защиты – признанию арбитражной оговорки недействительной по причине ее асимметричности. Данный вид арбитражного соглашения хорошо известен в международном коммерческом арбитраже и заключается в нарушении принципа равенства сторон при выборе компетентного органа для разрешения споров. Обычно наряду с существованием общего правила о передаче споров на рассмотрение арбитража одна из сторон наделяется исключительным правом обращения в государственный суд для разрешения споров особой категории.

В Рамочном договоре асимметричность арбитражной оговорки представлена в наиболее сложной форме, поскольку предоставляет обеим сторонам преимущество от обращения в государственный суд в различных ситуациях.

Арбитражная оговорка (асимметричная часть)

Часть 2 п. 13.2 Рамочного договора

Настоящее арбитражное соглашение не лишает ЗАКАЗЧИКА его права передать любой спор или разногласие, возникающие в отношении досрочного или одностороннего прекращения ДОГОВОРА или его недействительности, на разрешение в компетентный государственный арбитражный суд Российской Федерации.

Пункт 13.2 Рамочного договора

Любой спор или разногласие, возникающие из невыполнения ЗАКАЗЧИКОМ своего обязательства по оплате или его отказа оплатить счет ПОДРЯДЧИКА, подлежит разрешению в компетентном государственном арбитражном суде Российской Федерации.

Эффективная тактика оспаривания арбитражной оговорки подразумевает хорошее знание судебной практики, в особенности Постановления Президиума ВАС РФ, принятого по резонансному делу «Сони Эрикссон»². Для Ответчика наиболее выгодной будет самая радикальная трактовка этого Постановления, предложенная А.В. Асосковым и Р.М. Ходыкиным³. По их мнению, Президиум ВАС РФ пришел к выводу о недействительности арбитражного соглашения в целом, обнаружив в нем асимметричные условия. В этом случае Истцу следует привести возражения, основанные на

более «мягком» варианте толкования вышеназванного Постановления. По мнению А.В. Егорова, «правовая позиция Президиума с учетом не только Постановления № 1831/12, но и иных дел Президиума (прежде всего Постановления от 14 февраля 2012 г. № 11196/11) может быть сведена к следующему: если стороны предусмотрели арбитражную оговорку, то они могут дополнительно предусмотреть альтернативное право сторон на обращение в государственный суд, но сделать это они могут только в «симметричном» виде, т.е. для обеих сторон (Постановление № 11196/11). Договоренность сторон о несимметричной альтернативе, т.е. о наделении подобным правом только одной стороны, должна признаваться недействительной (Постановление № 1831/12)»⁴. Применительно к сценарию арбитражного дела Истец может согласиться с тем, что асимметричная часть арбитражной оговорки не должна получить судебную защиту по причине ее одностороннего характера. Право на обращение в государственный суд с иском о прекращении или его недействительности должно быть предоставлено не только Заказчику, но и Подрядчику. Тем самым асимметричная часть арбитражной оговорки приобретает симметричный характер. В отличие от дела «Сони Эрикссон», требование о прекращении договора или о признании его недействительным не связано с особенностью исполнения стороной своих договорных обязанностей и поэтому может быть предъявлено любой стороной по договору.

Убедительность доводов Истца о перекалфикации асимметричной части арбитражной оговорки в симметричную может подать Ответчику идею воспользоваться этим подходом и обосновать компетенцию Третейского суда рассматривать спор, воз-

² Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1831/12 по делу № А40-49223/11-112-401.

³ Асосков А.В. Асимметричные оговорки о порядке разрешения споров: проблемы, порожденные Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 июня 2012 года № 1831/12 // Третейский суд. 2012. № 5(83). С. 164; Ходыкин Р.М. К вопросу о действительности опционных арбитражных оговорок: по следам Постановления Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1831/12 // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2(6). С. 182; Он же. Гибридные оговорки о рассмотрении спора. Комментарий к Постановлению Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1831/12 // Вестник ВАС РФ. 2012. № 11. С. 66.

⁴ Егоров А.В. Асимметричные оговорки о разрешении споров судебная практика заменяет на симметричные // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2(6). С. 187.

никший в связи с невыполнением Заказчиком своего обязательства по оплате счетов Подрядчика. Асимметричные положения арбитражной оговорки трансформируются в постоянно действующую оферту, акцепт которой совершается одной из сторон при обращении в государственный суд или арбитраж. Защита Истца против рассмотрения Третейским судом встречного иска должна основываться на буквальном толковании п. 13.3 Рамочного договора. Условие о передаче споров, связанных с оплатой выполненных работ, на разрешение государственного суда не носит опционный характер и поэтому не нарушает принцип равенства сторон при выборе компетентного органа.

Следующая проблема, которая должна быть решена на предварительной стадии арбитражного разбирательства, относится к коллизионному праву. Поскольку Рамочный договор разработан на основе подходов к правовому регулированию добывающей промышленности, имеющих широкое распространение в англосаксонской системе права, вопрос о применимом праве представляет особую важность для всех участников арбитражного разбирательства. Для того чтобы извлечь преимущества из условий Рамочного договора, например оговорки «удар за удар», оговорки о возмещении потерь (*indemnity clause*), ограничении ответственности (*cap clause*), сторонам необходимо иметь хотя бы общее представление о принципе взаимного освобождения от возмещения ущерба, системе распределения рисков, взаимных гарантий и специальных условий, направленных на оптимальную защиту интересов наиболее уязвимой стороны с точки зрения промышленной безопасности, сохранения жизни и здоровья персонала, предотвращения вреда окружающей среде. В свою очередь задача арбитров заключается в подтверждении исполнимости договорных условий в рамках применимого права или отказе в предоставлении

средств защиты, испрашиваемых заинтересованной стороной.

В качестве первой группы вопросов, составляющих коллизионную проблему, выступает выбор применимого права, предусмотренный в Рамочном договоре.

Оговорка о применимом праве

Пункт 13.1 Рамочного договора

Все споры или разногласия, возникающие из или в связи с законными требованиями, предъявленными одной СТОРОНОЙ к другой СТОРОНЕ в связи с настоящим ДОГОВОРом, разрешаются в соответствии с правом Российской Федерации.

Правовое обоснование исковых требований подразумевает намерение Истца руководствоваться российским правом при разрешении его спора с Ответчиком. По-видимому, вышеприведенная оговорка, предусмотренная в п. 13.1 Рамочного договора, рассматривается Истцом как прямо выраженное соглашение сторон о выборе российского права по смыслу п. 2 ст. 1210 ГК РФ. Ожидаемое возражение Ответчика против такой позиции связано с трактовкой слов «законные требования», сужающих сферу действия оговорки о применимом праве по аналогии с арбитражной оговоркой. Тем самым, следуя этой логике, российское право подлежит применению только в отношении известных ему правовых институтов, в число которых не входит возмещение потерь. Заимствуя терминологию из правового анализа арбитражной оговорки, можно охарактеризовать оговорку о применимом праве как оговорку с исключительным эффектом.

Если арбитры поддержат возражения Ответчика, у Истца будет в распоряжении еще один довод в пользу применения российского права. Для этого ему необходимо обратиться к ст. 1211 ГК РФ, содержащей коллизионные нормы, подлежащие применению в случае отсутствия соглашения сторон о выборе права. Согласно п. 3 данной

статьи в отношении договора строительного подряда и договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ применяется право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты. Поскольку нефтяная скважина приравнивается к строительным объектам, то выполняемые на ней работы отвечают характеристикам строительного подряда.

В целях опровержения последнего тезиса Ответчику следует обратить внимание арбитров на виды работ, выполненных им в качестве Подрядчика: геофизические каротажные работы, перфорационно-взрывные работы и анализ проб бурового раствора. Перечисленные работы, хотя и связаны с возведением строительного объекта (нефтяной скважины), не имеют решающего значения в создании конечного результата. Поэтому право, применимое к Рамочному договору, с учетом специфики выполненных Подрядчиком работ должно определяться по правилам подп. 5 п. 2 ст. 1211 ГК РФ, указывающего на применение права страны, где находится основное место деятельности подрядчика, или п. 9 той же статьи, предусматривающего применение права страны, с которой договор более тесно связан.

Наконец, третья группа вопросов, завершающая освещение коллизионной проблемы, связана с различными подходами к толкованию специального термина «нормы права», содержащегося в ст. 5 Регламента Третейского суда при РСПП, п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее — Типовой закон), п. 1 ст. 28 Закона о МКА. Содержание этого специального термина, по выражению М.П. Бардиной, было «закодировано» разработчиками Типового закона⁵. В качестве расшифровки этих за-

кодированных слов можно привести высказывание А.С. Комарова: «...под «нормами права», которые стороны могут определять в качестве применимых к разрешению спора, понимаются не только правовые нормы, являющиеся составной частью какой-либо правовой системы. В соответствии с принятым в международной арбитражной практике пониманием этот термин включает в себя положения, содержащиеся в принятых на международном уровне нормативных документах, не являющихся формальным источником права в традиционном понимании. В частности, это могут быть положения еще не вступивших в силу международных конвенций или соглашений. Кроме того, источниками таких норм могут быть международные неформальные кодификации правовых принципов, являющиеся не столько по форме, сколько по своему содержанию нормами права и призванных выполнять регулятивную функцию»⁶.

В Рамочном договоре содержится оговорка, которая подразумевает существование транснациональных правил в области нефтегазовой отрасли.

Оговорка об обычной практике в нефтегазовой отрасли

Пункт 9.1 Рамочного договора

Условия настоящего Раздела признаются СТОРОНАМИ как обычная практика, которая соблюдается сервисными компаниями в нефтегазовой отрасли по всему миру.

ношения и право: взгляд в XXI век. Материалы конференции в честь Заслуженного деятеля науки РФ, доктора юридических наук, профессора кафедры международного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета Л.Н. Галенской / Под ред. С.В. Бахина. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2009. С. 343.

⁵ Бардина М.П. Выбор сторонами применимых «норм права» при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем // Международные от-

⁶ Комаров А.С. Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // Вестник ВАС РФ. 2007. № 10. С. 15.

Доказывая существование вышеназванных транснациональных правил, Ответчик может заявить о том, что Рамочный договор был разработан на основе двух сводов договорных условий, пользующихся наибольшей популярностью среди буровых подрядчиков и недропользователей: английского свода (LOGIC General Conditions of Contract for Well Services)⁷ и американского свода, выпущенного Международной ассоциацией буровых подрядчиков (US IADC standard contracts)⁸. Таким образом, принцип взаимного освобождения от ответственности, оговорки о возмещении потерь, возмещении стоимости имущества, утраченного в скважине (lost in hole clause), ограничении ответственности, оговорка «удар за удар» и другие положения Рамочного договора стали своеобразной *lex mercatoria* в нефтегазовой отрасли и подлежат применению арбитрами независимо от выбора сторонами национального права.

Возможная защита Истца против данных доводов сводится к оспариванию этого статуса у рассматриваемых положений Рамочного договора. Они могут играть роль лишь при установлении действительной общей воли сторон, когда невозможно определить содержание договора путем буквального толкования содержащихся в нем слов и выражений.

Еще одним немаловажным вопросом, прямо не связанным с арбитражной оговоркой, но относящимся к процессуальным аспектам арбитражного разбирательства, является определение роли, которую может играть судебное решение, вынесенное государственным арбитражным судом. Наиболее благоприятным развитием арбитражного разбирательства для Истца является признание за этим судебным решением преюдициального характера, поскольку в нем подтверждены выводы экспертизы о вине субподрядчика в произошедшем инциденте и размер

убытков, понесенных Истцом. Данный тезис может быть легко оспорен Ответчиком со ссылкой на ч. 2 ст. 69 АПК РФ, признающий преюдициальный характер за судебным решением только при условии идентичности сторон. Как следует из сценария арбитражного дела, стороной судебного процесса выступал не Ответчик, а Субподрядчик, привлеченный Истцом в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований. Таким образом, Истец не может быть освобожден от доказывания фактов, имеющих ключевое значение для разрешения спора между Истцом и Ответчиком, даже если они были установлены в ходе судебного процесса с участием Субподрядчика.

Вместе с тем отрицание преюдициальной силы судебного решения не означает, что оно не может быть исследовано арбитрами как одно из доказательств по делу. Более того, Пленум ВАС РФ дал расширительное толкование рассматриваемой процессуальной нормы и обязал нижестоящие суды учитывать обстоятельства, которые были установлены в деле, рассмотренном ранее, независимо от состава лиц. Согласно абзацу третьему п. 2 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 57 «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с исполнением либо ненадлежащим исполнением договорных обязательств»

«[с]удам также следует иметь в виду, что независимо от состава лиц, участвующих в деле о взыскании по договору и в деле по иску об оспаривании договора, оценка, данная судом обстоятельствам, которые установлены в деле, рассмотренном ранее, учитывается судом, рассматривающим второе дело. В том случае, если суд, рассматривающий второе дело, придет к иным выводам, он должен указать соответствующие мотивы»⁹.

⁷ <http://www.logic-oil.com>

⁸ <http://www.iadc.org>

⁹ Данное правило воспроизводится в абзаце втором п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля

В зависимости от того, относится ли данное руководящее разъяснение Пленума ВАС РФ к источникам российского права, будет решаться вопрос о доказательственной силе судебного решения в арбитражном разбирательстве. Если встать на позицию сторонников «судебного прецедента», следует признать, что правило об учете судьями обстоятельств, которые были установлены в деле, рассмотренном ранее, должно распространяться и на арбитров. Они не могут игнорировать сформировавшуюся практику по применению правил доказывания, имеющих универсальное и основополагающее значение в разрешении споров. В то же время противники рассматриваемой позиции обратят внимание на адресат руководящих разъяснений Пленума ВАС РФ. Им прежде всего является нижестоящий государственный суд, для которого эти разъяснения обладают обязательной силой. Поскольку третейские суды не входят в систему государственного правосудия, у арбитров отсутствует обязанность руководствоваться актами судебного правотворчества при вынесении арбитражного решения. Кроме того, представляется весьма спорным утверждение о том, что расширительному толкованию ч. 2 ст. 69 АПК РФ, предложенному Пленумом ВАС РФ, может быть придан статус основополагающих принципов права, не говоря уже о прямом вмешательстве в деятельность арбитров по конкретизации мотивов

арбитражного решения в отношении представленных сторонами доказательств.

Применительно к сценарию арбитражного дела признание за судебным решением доказательственной силы ставит Ответчика в неравное положение по сравнению с Истцом. Поскольку Ответчик не участвовал в судебном процессе, у него не имелось возможности оспорить расчет, сделанный Истцом для определения размера своих убытков, проверить достоверность и обоснованность первичных документов, подтверждающих возникновение убытков у Истца, и сформулировать свои вопросы эксперту в совокупности с правом ходатайствовать о проведении повторной экспертизы.

* * *

Безусловно, правовые проблемы, освещенные в настоящей статье, не охватывают все спорные вопросы, которые поднимали команды в своих меморандумах и устных выступлениях. Они касаются оценки документов, фактических обстоятельств дела, относятся к побочной линии защиты, представляющей несомненный интерес для участников импровизированного арбитражного разбирательства, но трудной для ее восприятия читателями. Узкие рамки настоящей статьи не позволяют остановиться на всех аспектах арбитражного дела, поэтому автором были выбраны лишь те из них, которые могут представлять как практический, так и научный интерес для студентов, преподавателей и арбитров, решивших использовать данный сценарий арбитражного дела в учебных целях.

2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»:

«Обстоятельства, установленные в деле по спору между кредитором и поручителем, в котором не участвовал должник, учитываются судом при рассмотрении других споров с участием поручителя и должника, например при рассмотрении дела о взыскании поручителем денежных средств, уплаченных кредитором по договору поручительства, с должника. Если, рассматривая спор, суд придет к иным выводам, нежели содержащиеся в судебном акте по делу между кредитором и поручителем, он должен указать соответствующие мотивы».