
ПРИМИРИТЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ



Д.Р. Арамян,
магистрант МГИМО МИД России

Медиация в арбитраже: опыт Китая¹

В статье рассматривается проблема интеграции медиации в арбитражное разбирательство (arb-med-arb) в практике континентального Китая и Гонконга. Такая практика вызывает вопросы относительно приемлемости совмещения арбитром двух ролей, эффективности гибридного разбирательства и нормативно-правового регулирования. Несмотря на то, что несовместимость роли арбитра и медиатора для некоторых исследователей и практиков очевидна, механизм внедрения медиации в арбитраж представляет собой довольно часто встречающееся явление в Азии, а именно в большом Китае и в некоторой степени в Гонконге. Автором статьи предприняты попытки выявить природу arb-med-arb, его регулирование и применение в КНР, потенциальные риски и способы их предотвращения. Для более полной картины также рассмотрено дело Gao Haiyan v. Keeneуe, в котором нашли отражение недостатки arb-med-arb.

Ключевые слова: медиация, арбитраж, разрешение споров, правовое регулирование, Китай, Гонконг, правовая культура.

1. Терминология

В настоящее время международный коммерческий арбитраж является наиболее предпочтительным способом разрешения споров, особенно между участниками интернациональных коммерческих сделок. Внимания заслуживает появление с течением времени механизмов, направленных на еще более эффективное разрешение

споров. Примером является внедрение медиации в арбитражное разбирательство.

Прежде всего необходимо прояснить неопределенность, которая может возникнуть в связи с использованием неточной терминологии, что обусловлено наличием различных комбинаций медиации и арбитража. В литературе можно встретить такие сочетания, как «med-arb», «arb-med» и «arb-med-arb», при этом часто они используются взаимозаменяемо.

«Med-arb» можно рассматривать как 1) зонтичный термин, охватывающих все

¹ Автор выражает благодарность Д.Л. Давыденко за помощь в написании статьи.

виды гибридных моделей разрешения споров, или как 2) конкретную модель, которая предполагает, что спор изначально рассматривается в рамках процедуры медиации, при безуспешности которой дело передается на рассмотрение в арбитраж. Как кажется, использование *med-arb* в качестве обобщающего термина не совсем целесообразно в связи с тем, что оно может ввести в заблуждение относительно очередности этапов в рамках гибридного процесса.

Что касается «*arb-med*» и «*arb-med-arb*», то существует два подхода. Некоторые рассматривают *arb-med* как отдельный способ разрешения споров, при котором сначала проводится арбитражное разбирательство, однако по его завершении арбитр выносит решение и запечатывает его в конверт. Далее в течение установленного периода времени проводится процедура медиации. Если стороны достигают соглашения, то вынесенное арбитром решение не раскрывается; при неудавшейся процедуре медиации содержание конверта оглашается и спор разрешается соответствующим арбитражным решением. При этом в роли арбитра и посредника может выступать или одно лицо, или два независимых лица².

Другие не выделяют «*arb-med*» в принципе (такая модель практически не встречается) и отмечают, что данное сочетание предполагает *arb-med-arb*: изначально проводится арбитражное разбирательство, которое затем переходит в стадию медиации и, наконец, завершается арбитражем, что связано с 1) необходимостью вынесения арбитражного решения на основе достигнутого мирового соглашения или 2) с необходимостью продолжить арбитражное разбирательство в случае неуспешной про-

цедуры медиации³. Главное отличие от модели *arb-med* заключается в том, что при *arb-med-arb* арбитражное решение не выносится перед этапом медиации. В данной статье речь пойдет исключительно о китайской и гонконгской моделях *arb-med-arb*, в рамках которых одни и те же лица берут на себя роли арбитра и медиатора⁴.

2. Китайская модель *arb-med-arb*

Одной из наиболее примечательных особенностей арбитража в континентальном Китае и в Гонконге является особое отношение к медиации⁵ как к составляющей части арбитражного разбирательства. Китайская модель *arb-med-arb* характеризуется тем, что арбитры выполняют роль медиаторов в определенный момент разбирательства. Выполняя такую роль, арбитры-медиаторы посредством организованных переговоров способствуют достижению урегулирования спора.

Что делает *arb-med-arb* интересным для изучения — это совмещение одним лицом двух ролей⁶. Юристы, практикующие в странах англо-саксонской правовой семьи, выражают озабоченность в связи с противоречивым характером *arb-med-arb*,

³ *Gu W.* Hybrid Dispute Resolution Beyond the Belt and Road: Toward a New Design of Chinese Arb-Med(-Arb) and Its Global Implications // *Washington International Law Journal*. 2019. Volume 29. P. 122.

⁴ В литературе такой подход именуется *same neutral arb-med-arb*. Также выделяют *different neutral arb-med-arb*, при котором арбитраж и медиация проводятся разными лицами (или даже разными учреждениями), но при этом весь процесс воспринимается как единое целое. Такая модель существует, например, в Сингапуре, где в 2014 году был представлен *Arbitration-Mediation-Arbitration Protocol*, который распределил соответствующие функции между Сингапурским международным арбитражным центром и Сингапурским международным центром медиации.

⁵ Следует отметить, что в англоязычной литературе при раскрытии рассматриваемого вопроса используются понятия «медиация» и «примирение», которые в КНР являются взаимозаменяемыми. Связано это с тем, что в китайских нормативно-правовых актах и в регламентах арбитражных учреждений китайский термин “*tiajio*” (mediation) переводится как “*conciliation*”.

⁶ *Gu W.* *Op. cit.* P. 118.

² *Zack A.M.* The quest for finality in airline disputes: A Case for Arb-Med // *Dispute Resolution Journal*. 2003. Vol. 58. Issue 4; см. также: *Rules for Arbitration-Mediation (Arb-Med). Proposed Arb-Med Rules*, Lawtech. (<http://lawtech.ch/wp-content/uploads/2016/03/RULES-FOR-ARB-MED-JL-11.8.2014.pdf>).

что является причиной непопулярности такого механизма в соответствующих юрисдикциях⁷. Вместе с тем сочетание арбитража с медиацией представляет собой стандартную практику китайских арбитражных учреждений, которая одобрена и поддерживается китайским законодательством⁸.

Гибридный процесс имеет место почти в половине арбитражных разбирательств, проводимых в КНР. В 2018 году в Китае было рассмотрено 539 542 арбитражных дел, из которых 26% завершились принятием решения на основе соглашения, достигнутого в ходе медиации⁹. Это объясняется тем, что медиация на протяжении веков воспринималась как эффективный способ разрешения споров и в настоящее время является неотъемлемой частью как судебного, так и арбитражного разбирательства.

В китайской правовой культуре принято, что стороны в споре обязаны провести переговоры в целях достижения компромисса, который помог бы им преодолеть конфликт и «не потерять лицо»¹⁰. Для китайцев разрешение спора посредством судебного или арбитражного разбирательства есть нечто деструктивное, противоречащее конфуцианской философии, согласно которой основными благами являются гармония, мудрость, уступчивость, верность и благосклонность¹¹. В связи с этим общество воспринимало любое разбирательство как полное разрушение гармонии, поэтому медиация представлялась социально приемлемым методом разрешения споров в контексте конфуцианской морали, что сделало ее основой китайской правовой системы¹².

⁷ *Gu W.* Op. cit. P. 119.

⁸ *Lu S.* National Report for China (2014 through 2018) // ICCA International Handbook on Commercial Arbitration // ICCA & Kluwer Law International. 2019. Supplement No. 98. March 2018. P. 62.

⁹ *Gu W.* Op. cit. P. 124.

¹⁰ *Lu S.* Op. cit. P. 6.

¹¹ *Kaufmann-Kohler G., Fan K.* Integrating Mediation into Arbitration: Why it Works in China // Journal of International Arbitration. 2008. Volume 25. №. 4. P. 480.

¹² *Jingzhou T.* Arbitration Law and Practice in China (Third Edition). Kluwer Law International, 2012. P. 153.

3. Общая характеристика процедуры arb-med-arb

Закон КНР «Об арбитраже» позволяет прибегать к медиации во время арбитражного разбирательства,¹³ однако им не устанавливается детальная процедура; этот вопрос регулируется арбитражными учреждениями в их регламентах, хотя соответствующие положения нельзя считать исчерпывающими¹⁴.

Предложение о проведении медиации может быть выдвинуто либо сторонами, либо третейским судом¹⁵. Закон «Об арбитраже» предусматривает, что третейский суд может осуществлять посредничество до вынесения арбитражного решения. Если стороны обращаются с просьбой о медиации, то арбитражный суд обязан провести ее¹⁶.

На практике китайские арбитры часто обращаются к сторонам с предложением оказать им содействие в достижении мирного урегулирования. Если ответ обеих сторон положителен, третейский суд начинает процедуру медиации. Несмотря на то что процентное соотношение варьируется в зависимости от опыта арбитров, в среднем стороны соглашаются в пятидесяти процентах случаев¹⁷. Как правило, китайские арбитры, рассматривающие внутренние споры, получают гораздо более высокий процент положительных ответов, так как стороны привыкли к такой практике и более охотно сотрудничают. Иностранные стороны не столь восприимчивы к такому предложению, поскольку они опасаются, что беспристрастность третейского суда может пострадать¹⁸.

¹³ Arbitration Law of the People's Republic of China. Art. 49–52 (<http://www.cmac.org.cn/wp-content/uploads/2018/08/Arbitration-Law-of-the-Peoples-Republic-of-China-2017-Amendment.pdf>).

¹⁴ *Sun W., Willems M.* Arbitration in China: A Practitioner's Guide. Kluwer Law International, 2015. P. 424.

¹⁵ Arbitration Law of the PRC. Article 49.

¹⁶ Ibid. Article 51.

¹⁷ *Kaufmann-Kohler G., Fan K.* Op. cit. P. 487.

¹⁸ *Gu W.* Op. cit. P. 126.

Важно понимать, что предложение о посредничестве может быть выдвинуто несколько раз на любой стадии разбирательства до вынесения арбитражного решения. В целом, нет четкого разграничения между «этапами посредничества» и «этапами арбитража». Это отличает КНР от некоторых других азиатских стран (например, Южная Корея и Индонезия), где арбитр пытается выступить посредником только в самом начале арбитража или приостанавливает арбитраж на время проведения медиации при наличии согласия сторон¹⁹.

Медиация, как правило, представляет собой гораздо более гибкую процедуру, чем арбитраж. Таковой она является и в контексте арбитражного разбирательства. Третейский суд может заслушать обе стороны совместно или отдельно²⁰ (caucusing). Арбитры-медиаторы предпочитают caucusing, так как таким образом можно наиболее точно уяснить суть требований сторон, выявить реальные интересы и то, каким они видят исход спора. Если разница не столь значительна, арбитры стараются еще больше сблизить взгляды сторон. Как отмечается, caucusing позволяет сторонам прийти к осознанию действительной ситуации, что может побудить их, в случае чрезмерного оптимизма, пересмотреть свою позицию и тем самым увеличить вероятность достижения сторонами урегулирования²¹.

Среди китайских арбитров, участвующих в посредничестве, существуют некоторые разногласия по поводу того, следует ли им предлагать конкретные варианты урегулирования спора. Некоторые придерживаются того, что это задача сторон, но другие, наоборот, считают, что предложение может оказаться полезным для ускорения процесса. В практике Китайской международной экономической и торговой арбитражной

комиссии (CIETAC) арбитры не предлагают конкретные варианты урегулирования до тех пор, пока факты не будут полностью установлены²².

В соответствии со статьей 51 Закона «Об арбитраже» если сторонам удастся достигнуть мирового соглашения, то третейский суд готовит акт по итогам медиации (mediation statement) или арбитражное решение на согласованных сторонами условиях (consent award), при этом оба документа имеют одинаковую юридическую силу. Однако решение часто считается более предпочтительным, поскольку оно вступает в силу сразу же после его вынесения; акт по итогам медиации становится обязательным только тогда, когда обе стороны расписываются в получении,²³ что может привести к дальнейшим осложнениям. Например, если одна из сторон отказывается расписываться в получении соглашения, третейский суд должен немедленно вынести арбитражное решение²⁴.

Также при вынесении арбитражного решения на согласованных сторонами условиях сторона, в пользу которой вынесено решение, может начать исполнительное производство в китайском суде или при необходимости добиться приведения в исполнение за рубежом в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией. Между тем, акт по итогам медиации не является подлежащим исполнению «решением третейского суда»²⁵.

Стороны на любой стадии разбирательства вправе отказаться от посредничества. Третейский суд также может принять решение о прекращении процедуры медиации, если он сочтет, что дальнейшие усилия по посредничеству будут тщетными. Если медиация терпит неудачу, арбитражное разбирательство возобновляется, медиатор возвращается к роли арбитра и выносит арбитражное решение.

¹⁹ Kaufmann-Kohler G., Fan K. Op. cit. P. 487.

²⁰ Sun W., Willems M. Op. cit. P. 427.

²¹ Kaufmann-Kohler G., Fan K. Op. cit. P. 488.

²² Kaufmann-Kohler G., Fan K. Op. cit. P. 488.

²³ Lu S. Op. cit. P. 64.

²⁴ Arbitration Law of the PRC. Article 52.

²⁵ Kaufmann-Kohler G., Fan K. Op. cit. P. 489.

4. Недостатки совмещения медиации и арбитража

4.1. Недостаточное регулирование *arb-med-arb* китайским законодательством

Несмотря на наличие в Законе КНР «Об арбитраже» положений о применении процедуры медиации в рамках арбитражного разбирательства, отсутствует детальное регулирование некоторых важных аспектов. Вызывает беспокойство отсутствие норм, которые бы способствовали развитию *arb-med-arb* в соответствии с повсеместно признанными стандартами надлежащей правовой процедуры.

Например, Закон почти не содержит положений относительно порядка проведения *arb-med-arb*, который во многом зависит от предпочтений арбитров и местных обычаев или практики соответствующего арбитражного учреждения. Это приводит к некоторым осложнениям, поскольку порой процедура медиации проводится довольно неформально, что вызывает вопросы относительно беспристрастности арбитров, а также надлежащей правовой процедуры.

4.2. Одно лицо — две роли: проблема беспристрастности

Часто высказывается мнение о том, что арбитру не следует брать на себя функции посредника, так как его беспристрастность может быть поставлена под сомнение²⁶. В связи с этим возникает вопрос: кто может выступать в качестве посредника? Или же, может ли другое лицо, помимо арбитра, взять на себя функции медиатора?

По общему правилу, регламенты китайских арбитражных учреждений наделяют именно арбитра правом регулировать спор путем посредничества. Статья 67 (1) Регламента Пекинской арбитражной комиссии²⁷ (ВАС) предусматривает, что «третейский

суд может с согласия сторон провести медиацию таким образом, который он сочтет целесообразным». Как отмечает Гу Вейся, данная формулировка предполагает, что медиация проводится именно третейским судом²⁸.

Нельзя сказать, что из данной статьи следует запрет какой-либо альтернативы, однако третейский суд вряд ли привлечет другое лицо без соответствующей просьбы спорящих сторон. Также следует иметь в виду, что и стороны могут выступать за проведение медиации именно арбитром, так как они или их представители имеют некоторое представление об арбитрах, уже успевших ознакомиться с делом.

Может ли арбитр оставаться беспристрастным с учетом отличных подходов, применяемых в рамках двух способов разрешения споров? Из-за различных целей арбитража и медиации подход, требуемый от арбитра-посредника, не может быть одинаковым на всех этапах *arb-med-arb*. Компетентный арбитр должен проявлять «судейский темперамент» и соблюдать требования беспристрастности. В то же время компетентный посредник проявляет чувствительность к отношениям сторон и выявляет их потребности, которые могут скрываться за противоположными позициями. Посреднику позволяется быть более вовлеченным в процесс урегулирования спора²⁹.

Выступая в качестве медиатора, арбитр имеет доступ к информации, которая не была бы ему доступна в ходе арбитражного разбирательства. При неудачном исходе медиации посредник возвращается к функциям арбитра, и именно тогда существует риск того, что арбитр может стать предвзятым в связи с тем, что при вынесении арбитражного решения он, сам того не осознавая, учитывает информацию, раскрытую в ходе процесса медиации.

²⁶ *Jingzhou T.* Op. cit. P. 159.

²⁷ Beijing Arbitration Commission Arbitration Rules (BAC Rules). Article 67(1) (http://www.bjac.org.cn/english/page/zc/guize_en.html).

²⁸ *Gu W.* When Local Meets International: Mediation Combined with Arbitration in China and its Prospective Reform in a Comparative Context.

²⁹ *Gu W.* Op. cit. P. 133.

Например, если арбитр понимает, что сторона готова достигнуть компромисса за меньшую сумму требований, чем было заявлено ей изначально, то возникает конфликт, так как на арбитра может оказать влияние знание того, что сторона готова пойти на большие уступки³⁰.

Иными словами, отсутствие каких-либо процессуальных гарантий может привести к фактической или явной предвзятости со стороны арбитра. Велик риск того, что арбитр в результате тесного общения со сторонами сформирует свое собственное мнение по тому или иному вопросу.

4.3. Встречи со стороной один на один и конфиденциальная информация

С проблемой беспристрастности тесно связана проблема проведения встреч один на один с какой-либо из сторон в рамках процедуры медиации. На частных встречах медиатор может обсуждать со стороной широкий круг вопросов, многие из которых не рассматриваются в ходе арбитражного разбирательства. В отсутствие своего оппонента та или иная сторона может быть более склонна к разглашению конфиденциальной информации или иных сведений. Так, посредник, ставший арбитром, может стать более понимающим, сочувствующим и поддерживающим позицию конкретной стороны³¹. Кроме того, неосведомленность другой стороны о некоторых заявлениях лишает ее возможности их опровергнуть или оспорить³².

На практике такие встречи арбитра-посредника с одной из сторон широко распространены. Проблема заключается в том, что нет правил, которые бы определяли порядок их проведения. В Законе «Об арбитраже» отсутствует положение об использовании конфиденциальной информации,

полученной на этапе посредничества; большинство китайских арбитражных учреждений запрещают любое ее использование в последующих арбитражных разбирательствах. Например, Арбитражный регламент CIETAC предусматривает, что в случае неудачи медиации любое мнение, точка зрения или заявление, выражающее согласие или несогласие любой из сторон или третейского суда в процессе согласительной процедуры, не должны использоваться сторонами в качестве основания для предъявления какого-либо иска, возражения или встречного иска в ходе последующего арбитражного разбирательства, судебного разбирательства или любого другого разбирательства³³.

Однако ни одно положение не запрещает арбитрам при принятии решения основываться на информации, предоставленной им на этапе посредничества. Справедливо отмечает Гу Вейся, что, даже если бы такие правила существовали, их применимость ставилась бы под сомнение, так как они требовали бы от арбитров хранить секреты от самих себя³⁴.

Эта практика отличается от принятой в Гонконге, где посредник, ставший арбитром, по закону обязан раскрывать всем другим сторонам разбирательства «такой объем (конфиденциальной) информации, который он сочтет существенным для арбитражного разбирательства», прежде чем возобновить его³⁵.

Отсутствие требований о конфиденциальности может крайне негативно сказаться на процессуальной справедливости. Мало того, что сторона может через арбитров получить доступ к информации другой стороны, которая в противном случае была бы ей недоступна, арбитры могут также использовать такую информацию в качестве рычага давления на сторону, чтобы она

³⁰ Sun W., Willems M. Op. cit. P. 426.

³¹ Gu W. When Local Meets International: Mediation Combined with Arbitration in China and its Prospective Reform in a Comparative Context.

³² Kaufmann-Kohler G. When arbitrators facilitate settlement: towards a transnational standard // Arbitration International. 2009. № 2. Volume 25. P. 198.

³³ CIETAC Arbitration Rules. Article 45(9) (<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=42&l=en>).

³⁴ Gu W. Op. cit. P. 138.

³⁵ Kaufmann-Kohler G., Fan K. Op. cit. P. 490.

согласилась на предложение об урегулировании, которое она иначе бы отклонила.

Разделяя некоторые опасения, нельзя не признать, что *arb-med-arb* имеет и преимущества. Такой механизм позволяет избежать возможное ухудшение деловых отношений между сторонами и даже способствовать дальнейшему развитию их коммерческих связей. Сторона с меньшими шансами получает возможность урегулировать вопрос о компенсации без вынесения против нее потенциально неблагоприятного арбитражного решения. При этом она с большей вероятностью исполнит решение, что позволит другой стороне избежать трудностей, которые присущи процедуре принудительного исполнения³⁶.

5. *Arb-med-arb* в Гонконге

Arb-med-arb, несмотря на закрепление соответствующих положений в законодательстве, не так популярен в Гонконге³⁷. Это можно объяснить, во-первых, большим влиянием общего права, критически настроенного против гибридного процесса, и, во-вторых, наличием вышеуказанных недостатков³⁸. Положения, регулирующие *arb-med-arb* содержатся в Законе Гонконга «Об арбитраже» 2011 г. П. 1 ст. 33 предусматривает, что арбитр может выступать в качестве посредника, если стороны на это согласны и их согласие не было отозвано в письменной форме.

Как и в Китае, в Гонконге арбитр-посредник может проводить совместные встречи со сторонами или встречаться только с одной из них, при этом на информацию, полученную им от какой-либо стороны, распространяется режим кон-

фиденциальности³⁹. Как отмечалось, если процедура медиации прекращается без достижения урегулирования, то арбитр, прежде чем возобновить арбитражное разбирательство, должен раскрыть другой стороне ту часть такой информации, которая, по его мнению, является существенной для арбитражного разбирательства⁴⁰.

Также Закон защищает арбитра от возможного отвода, закрепляя положение, в соответствии с которым против участия арбитра в арбитражном разбирательстве не может быть выдвинуто возражение только на том основании, что арбитр ранее выступал в качестве посредника⁴¹.

6. Дело *Gao Haiyan v. Keeneye Holdings Ltd* как катализатор реформ

Рассмотрение следующего дела представляется чрезвычайно важным, так как оно повлекло за собой, во-первых, изменения в регулировании *arb-med-arb*, и, во-вторых, затронуло основные проблемы, которые могут возникнуть в рамках гибридного процесса.

6.1. Суть дела

Спор по делу *Keeneye* возник в связи с соглашением о передаче акций и дополнительным к нему соглашением, которые были заключены между Гао Хайяном и его женой (далее — заявители), а также *Keeneye Holdings Ltd* и *New Purple Golden Resources Development Ltd* (далее — ответчики). В июне 2009 года заявители обратились в гонконгский суд, утверждая, что соглашения были недействительны, так как были заключены под принуждением, а предоставленная информация была искаженной, в связи с чем заявители были введены в заблуждение. В июле 2009 года ответчики начали арбитражное разбирательство в Сианьской арбитражной комиссии, настаивая на действительности соглашений.

³⁶ *Jingzhou T.* Op. cit. P. 160.

³⁷ *Kun F.* The Risks of Apparent Bias When an Arbitrator Act as a Mediator — Remarks on Hong Kong Court's Decision in *Gao Haiyan* // *Yearbook of Private International Law*. 2011. December 16. Volume 13. P. 541.

³⁸ *Hong Kong Arbitration Ordinance*. Section 33(2) (<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>).

³⁹ *Hong Kong Arbitration Ordinance*. Section 33(3).

⁴⁰ *Ibid.* Section 33(4).

⁴¹ *Ibid.* Section 33(5).

Третейский суд состоял из трех арбитров, которые в конце первого слушания в декабре 2009 года обратились к сторонам с предложением о проведении процедуры медиации, на что стороны, исходя из письменного протокола разбирательства, дали свое согласие. В процессе медиации Генеральным секретарем Сианьской арбитражной комиссии (г-н X) и одним из арбитров (г-н Y) ответчикам было предложено урегулировать спор посредством выплаты заявителям 250 миллионов юаней⁴².

Ключевым моментом является то, что предложение было сделано лицу, близкому к ответчику (не представителю) – г-ну Z – 27 марта 2010 года во время ужина в отеле Шангри-Ла в Сиане, при этом г-н X и г-н Y попросили Z «поработать над» ответчиками. Ответчики не согласились на такой вариант урегулирования спора; аналогичным образом поступили и заявители впоследствии. Во время второго слушания, состоявшегося после неудачной медиации в мае 2010 года, стороны не выразили какого-либо недовольства по поводу поведения г-на X и г-на Y в отеле.

Арбитражное решение, вынесенное в июне 2010 года, существенно отличалось от предложения г-на X и г-на Y в марте 2010 года: требования ответчиков не были удовлетворены, а спорные соглашения были признаны недействительными. Заявители должны были выплатить ответчикам 50 миллионов юаней в качестве компенсации.

В заявлении об отмене арбитражного решения, которое ответчики подали в Сианьский промежуточный народный суд, утверждалось, что разница между содержанием окончательного арбитражного решения и ранее сделанного в ходе медиации предложения была вызвана манипуляциями г-на X и «фаворитизмом» третейского суда по отношению к заявителям⁴³.

⁴² Другие два арбитра не были задействованы, так как на тот момент находились в Пекине.

⁴³ Gao Haiyan and Xie Heping v. Keeneye Holdings Ltd and New Purple Golden Resources Development

Сианьский промежуточный народный суд отклонил это заявление и постановил, что третейским судом был соблюден регламент Сианьской арбитражной комиссии при проведении процедуры медиации⁴⁴.

Когда заявители предприняли попытку привести решение в исполнение в Гонконге, суд первой инстанции пришел к выводу, что поведение г-на X и г-на Y в отеле 27 марта 2010 года заставит беспристрастное разумное лицо сомневаться в беспристрастности третейского суда. Суд первой инстанции отказал в приведении в исполнение арбитражного решения на том основании, что это будет противоречить публичному порядку Гонконга в соответствии с разделом 40E(3) старого Закона «Об арбитраже», который действовал на тот момент.

Впоследствии заявители обратились в апелляционный суд, который 2 декабря 2011 года привел в исполнение арбитражное решение на том основании, что ответчики отказались от своего права на возражение. Апелляционный суд также отметил, что процедура arb-med-arb в том виде, в каком она была проведена в марте 2010 года, не свидетельствует о предвзятости со стороны арбитров⁴⁵.

6.2. Позиция суда первой инстанции Гонконга

Когда заявители обратились в гонконгский суд для приведения в исполнение арбитражного решения, перед судом стоял вопрос: будет ли приведение в исполнение решения противоречить публичному порядку Гонконга? Суд сосредоточил свое

Ltd, [2011] HKE 514, Court of First Instance, 12 April 2011. Para. 30 (https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=76050&QS=%28%7Bkeeneye%7D+%25parties%29&TP=JU).

⁴⁴ Gao Haiyan v. Keeneye, CFI. Para. 32.

⁴⁵ Gao Haiyan and Xie Heping v. Keeneye Holdings Ltd and New Purple Golden Resources Development Ltd, CACV 79/2011, Court of Appeal, 2 December 2011 (https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_d-tail_frame.jsp?DIS=79457&QS=%24%28gao%20Haiyan%29&TP=JU).

внимание на том, было ли решение вынесено при обстоятельствах, которые заставили бы беспристрастное разумное лицо сомневаться в беспристрастности третейского суда.

Договорились ли стороны о проведении процедуры медиации?

Возник вопрос о том, были ли стороны недвусмысленно согласны с тем, что третейский суд мог урегулировать их разногласия путем медиации⁴⁶. Заявители утверждали, что представители сторон определенно дали согласие на проведение процедуры медиации, а ответчики заявляли, что представители сторон лишь обозначили готовность своих клиентов рассмотреть возможность разрешения спора путем медиации. Сами представители дали противоречивые устные показания по данному поводу; в письменном протоколе слушаний отмечалось лишь то, что стороны «согласились» с предложением третейского суда о медиации. Судья учел письменный протокол судебного разбирательства, не принимая во внимание устные показания. Он исходил из того, что представители сторон дали согласие от имени своих клиентов на разрешение третейским судом спора в качестве посредников перед рассмотрением спора по существу в качестве арбитров⁴⁷.

Риск предвзятости при выступлении арбитра в качестве посредника в одном и том же разбирательстве

Следующий вопрос заключался в том, насколько велик риск предвзятости, когда одно лицо берет на себя роль арбитра и медиатора. Судья Рейес отметил, что проведение процедуры arb-med-arb само по себе не противоречит закону; регламент Сианьской арбитражной комиссии также прямо разрешает арбитрам выступать посредниками с согласия сторон. Несмотря на это, вопросы, связанные с беспристрастностью арбитров, могут возникнуть, что очевид-

но. Поэтому арбитр, берущий на себя роль посредника, должен выполнять эту роль с особой осторожностью⁴⁸.

Поведение г-на X и г-на Y в гостинице 27 марта 2010 года

Перед судом стоял еще один вопрос: заставит ли произошедшее в гостинице 27 марта 2010 года беспристрастное лицо сомневаться в беспристрастности арбитров при рассмотрении спора. Сианьский промежуточный народный суд, в который изначально обратились ответчики, признал, что случившееся в отеле представляло собой неудачный пример медиации. Гонконгский суд первой инстанции придерживался такой же позиции, но представил еще более серьезные доводы, указывая, что процедура отличалась от требований арбитражного регламента Сианьской арбитражной комиссии⁴⁹.

Во-первых, ни третейский суд в целом, ни председательствующий арбитр не предприняли попыток проведения процедуры медиации. Вместо этого посредничество осуществлялось одним арбитром (г-н Y) и генеральным секретарем Сианьской арбитражной комиссии (г-н X). Как посчитал судья Рейес, это противоречило ст. 37 регламента Комиссии.

Во-вторых, не были представлены доказательства того, что стороны когда-либо просили утвердить г-на X в качестве посредника. Вместо этого г-н X, по видимому, был в одностороннем порядке приглашен арбитрами, чтобы принять участие в деле.

В-третьих, не удастся четко определить, изъявили ли стороны согласие относительно времени и места проведения процедуры медиации. Согласны ли были заявители на процедуру медиации в их отсутствие?

В-четвертых, г-н X и г-н Y, как представляется, по своей инициативе выдвинули предложение об урегулировании спора в размере 250 миллионов юаней. При

⁴⁶ Gao Haiyan v. Keeneye, CFI. Para. 18.

⁴⁷ Ibid. Para. 19.

⁴⁸ Gao Haiyan v. Keeneye, CFI. Paras. 71–76.

⁴⁹ Ibid. Paras. 40–51.

этом не совсем понятно, почему именно 250 миллионов юаней?

В-пятых, процедура медиации обычно проводится в официальной обстановке, например, в офисе или конференц-зале. В связи с этим кажется странным ее проведение во время ужина в ресторане отеля, где представлена только одна из сторон. Даже если произошло в отеле можно было бы считать процедурой медиации, по мнению суда, она не была проведена таким образом, который бы позволил избежать сомнений относительно беспристрастности арбитров.

Также судья обозначил следующие вопросы:

Что имели в виду г-н X и г-н Y, когда они попросили г-на Z «поработать над» тем, чтобы ответчики приняли их предложение? С какой целью они обратились с такой просьбой, являясь при этом посредниками? Почему они обратились именно к Z, который даже не являлся представителем ответчиков? Выражение «поработать над кем-то», как считает суд, имеет значение, свидетельствующее о том, что г-н X и г-н Y активно настаивали на урегулировании спора посредством выплаты заявителям суммы в размере 250 миллионов юаней. Иными словами, вышеуказанные лица активно продвигали свое предложение, а не просто сообщали план нейтральным образом, оставляя выбор за ответчиками⁵⁰.

Судья Рейес отметил, что сумма в размере 250 миллионов юаней, которую предлагалось выплатить заявителям с целью не лишать спорные соглашения действительности, и 50 млн юаней, которые заявлены в решении в качестве справедливой компенсации ответчикам, явно непропорциональны, что снова создает впечатление о более благосклонном отношении к заявителям.

Судья установил, что медиация не проводилась в соответствии с регламентом, несмотря на договоренность сторон о рас-

смотрении спора арбитрами в качестве посредников. Также, исходя из вышеперечисленных доводов, у беспристрастного лица может сложиться впечатление, что третейский суд отдает предпочтение одной стороне перед другой. Таким образом, суд первой инстанции решил, что арбитражное решение было вынесено небеспристрастно.

Нарушение публичного порядка Гонконга при приведении в исполнение арбитражного решения

Далее суду нужно было определить, противоречит ли приведение в исполнение спорного арбитражного решения публичному порядку Гонконга. Судья сослался на два важных соображения о публичном порядке⁵¹. С одной стороны, разбирательство должно быть окончательным. В тех случаях, когда стороны решили обратиться в арбитраж, они должны быть верны своему выбору, и итоговое решение, как правило, должно быть приведено в исполнение судом. С другой стороны, приведение в исполнение решения, вынесенного небеспристрастно, противоречит смыслу правосудия.

По мнению судьи, второму соображению следует придавать больше значения. В противном случае, если арбитражное решение, вынесенное небеспристрастно, будет приведено в исполнение таким же образом, как и судебное решение, сама идея справедливости будет запятнана. Решения суда (включая арбитражные решения, приводимые в исполнение) всегда должны рассматриваться как вынесенные беспристрастно. Соответственно, суд первой инстанции отказался приводить арбитражное решение в исполнение, руководствуясь соображениями о публичном порядке.

6.3. Позиция суда апелляционной инстанции

Решение суда первой инстанции было отменено апелляционным судом на следующих основаниях.

⁵⁰ Gao Haiyan v. Keeneye, CFI. Paras. 59–61.

⁵¹ Gao Haiyan v. Keeneye, CFI. Paras. 97–102.

Отказ ответчиков от права на возражение

Суд сначала постановил, что ответчики не выдвинули своевременно никаких возражений против проведения медиации в рамках арбитражного разбирательства и поэтому отказались от своего права сделать это в ходе исполнительного производства,⁵² что прямо предусмотрено арбитражным регламентом Сианьской арбитражной комиссии⁵³.

Отсутствие предвзятости со стороны третьей стороны

Вторым основанием для отмены решения суда первой инстанции являлось то, что процедура *arb-med-arb* не была проведена таким образом, который бы вызвал вопрос о противоречии приведения в исполнение арбитражного решения в публичному порядку Гонконга. Решение апелляционного суда в этой части является спорным, в связи с чем оно вызвало множество обсуждений в юридических кругах как Гонконга, так и континентального Китая. Апелляционный суд специально рассмотрел вопросы, которые согласно суду первой инстанции, могут заставить беспристрастное разумное лицо сомневаться в беспристрастности третьей стороны.

О расхождении между предложением об урегулировании спора и окончательным арбитражным решением

Относительно того, что г-н X и г-н Y озвучили сумму в размере 250 миллионов юаней, апелляционный суд пришел к выводу, что разумность этой цифры будет в какой-то степени зависеть от оценки шансов заявителей на успех в арбитраже,⁵⁴ при этом сам судья не может выразить

какое-либо мнение о вероятности такого успеха. Кроме того, суд указал, что такой анализ может зависеть от стоимости выпускаемых акций.

Не комментируя правильность оценки, суд апелляционной инстанции отметил, что заявители отклонили предложение об урегулировании спора путем выплаты им 250 миллионов юаней. В результате суд пришел к выводу, что данное предложение само по себе не доказывает факта предвзятости со стороны арбитров⁵⁵.

О выражении «поработать над ответчиками»

Устанавливая, свидетельствует ли использование выражения «поработать над» о предвзятости со стороны третьей стороны суда, апелляционный суд пришел к выводу, что ответ зависит от понимания того, как проводится медиация в континентальном Китае. Выражение «поработать над» является распространенным выражением на материке⁵⁶. Оно трижды фигурировало в китайском оригинале свидетельских показаний г-на Z от 11 сентября 2010 года в Сианьском промежуточном народном суде.

Вопреки выводам суда первой инстанции, апелляционный суд пришел к тому, что нет никаких признаков того, что г-н Z когда-либо «подталкивал» ответчиков к принятию предложения об урегулировании.

О процедуре медиации

Апелляционный суд отметил, что Сианьский промежуточный народный суд лучше знает, насколько приемлемым является проведение медиации за ужином в гостинице⁵⁷. Важное значение имеет то, как обычно проводится медиация там, где она фактически имела место. Тот факт, что в Гонконге медиация проводится иным образом, не является достаточным для того, чтобы считать проведенную в отеле процедуру медиации неприемлемой⁵⁸. При этом

⁵² Gao Haiyan v. Keeneye, Court of Appeal. Para. 69.

⁵³ Статья 5 Регламента Сианьской арбитражной комиссии предусматривает следующее: «Считается, что сторона отказалась от своего права возражать, если она знала или должна была знать, что комиссия, третейский суд, другая сторона и иные лица не выполнили какое-либо положение или требования регламента, однако она продолжает участие в арбитражном разбирательстве».

⁵⁴ Gao Haiyan v. Keeneye, Court of Appeal. Para. 86.

⁵⁵ Gao Haiyan v. Keeneye, Court of Appeal. Para. 89.

⁵⁶ Ibid. Para. 95.

⁵⁷ Ibid. Para. 99.

⁵⁸ Ibid. Para. 102.

суд также обратил внимание на то, что местный суд в Сиане отказался отменять арбитражное решение, что следует учитывать при принятии решения о приведении в исполнение арбитражного решения.

Нарушение публичного порядка Гонконга

Наконец, апелляционный суд в данном деле трактовал понятие публичного порядка узко, определив, что в приведении в исполнение арбитражного решения следует отказать только в том случае, если оно «будет противоречить основополагающим понятиям морали и справедливости». Обстоятельства рассматриваемого дела и проведенная процедура *arb-med-arb* не соответствуют данному критерию, и, таким образом, окончательность решения должна быть поддержана⁵⁹.

6.4. Важность дела

Вышеизложенное дело имеет огромное практическое значение, так как оно:

1) напоминает сторонам о важности своевременного представления возражений, поскольку невыполнение этого требования может привести к отказу от права;

2) свидетельствует о приемлемости выступления арбитра в качестве медиатора в рамках арбитражного разбирательства в Гонконге. В то же время, рамки поведения определены недостаточно точно;

3) свидетельствует о проарбитражном подходе гонконгских судов при приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного в континентальном Китае;

4) напоминает о том, что суд в месте приведения в исполнение арбитражного решения не должен выражать какое-либо мнение по поводу содержания такого решения;

5) обращает внимание на явные недостатки и риски, которые могут возникнуть, когда арбитр выполняет роль посредника, что, в свою очередь, учитывалось при внесении изменений в регламенты китайских арбитражных учреждений.

7. Внесение изменений в регламент CIETAC

В 2014 году в Регламент CIETAC были внесены изменения, которые вступили в силу 1 января 2015 года. Часть изменений непосредственно касалась процедуры *arb-med-arb*. Только после внесения изменений прямо выраженное согласие сторон стало необходимым условием для того, чтобы третейский суд мог выступать посредником в деле⁶⁰. Также появилась статья 47(8), предусматривающая, что в тех случаях, когда стороны желают, чтобы их спор был урегулирован посредством медиации, но не желают, чтобы она проводилась третейским судом, Комиссия может с согласия обеих сторон оказывать им содействие в урегулировании спора таким образом и с помощью таких процедур, которые она сочтет целесообразными. Важно то, что таким образом Комиссия будет содействовать в посредничестве, но арбитры не будут задействованы, что не поставит под сомнение их беспристрастность.

Как считает Гу Вейся, этих нововведений недостаточно, чтобы гарантировать отсутствие предвзятости со стороны арбитров. В случае если стороны соглашаются на проведение медиации арбитрами, нет никаких дополнительных гарантий для обеспечения их беспристрастности. Несущественность реформы объясняется именно определением апелляционного суда по вышеизложенному делу – такой исход оставил китайские арбитражные учреждения с «ложным чувством безопасности»⁶¹.

8. На пути к совершенствованию

Правовое регулирование *arb-med-arb* должно включать в себя как диспозитивные нормы, так и императивные. Идеальной является такая система, которая сочетает

⁶⁰ CIETAC Arbitration Rules. Article 47(2).

⁶¹ Gu W. When Local Meets International: Mediation Combined with Arbitration in China and its Prospective Reform in a Comparative Context.

⁵⁹ Gao Haiyan v. Keeneye, Court of Appeal. Para. 105.

в себе обязательные требования, представляющие собой минимальный стандарт для обеспечения надлежащей правовой процедуры, а также гибкие правила, устанавливаемые арбитражными учреждениями.

Правовое регулирование arb-med-arb в континентальном Китае на данный момент состоит только из диспозитивных норм, которые поощряют использование медиации в арбитраже, но отсутствуют императивные нормы, которые бы предусматривали процессуальные гарантии. С целью совершенствования правового регулирования необходимо, чтобы Закон КНР «Об арбитраже» 1995 г., а также регламенты арбитражных институций содержали положения, направленные на⁶²:

1) предупреждение сторон о потенциальных рисках в связи с назначением арбитра в качестве посредника;

2) устранение обеспокоенности в связи с проведением частных встреч с одной из сторон;

3) гарантию беспристрастности арбитров.

Предупреждение сторон о потенциальных рисках при назначении арбитра в качестве посредника

Лучший способ предупредить стороны о потенциальных рисках в связи с назначением арбитра в качестве посредника — потребовать от них согласия, прежде чем можно будет назначить арбитра для проведения медиации. Несмотря на то что многие регламенты китайских арбитражных учреждений, в том числе и регламенты CIETAC и VAC, содержат положения, требующие согласие для проведения медиации, такое согласие относится только к самой процедуре медиации, а не к выступлению арбитров в качестве посредников. Гу Вейся, например, предлагает включить в регламенты нормы, требующие именно двойное согласие.

Устранение рисков, возникающих при проведении частных встреч с одной из сторон

Каким образом можно разрешить проблему предвзятости арбитра, которая воз-

никает при проведении частных встреч с одной из сторон? Выходом из такой ситуации может быть закрепление такого положения в регламентах китайских арбитражных учреждений, которое бы требовало от арбитров до возобновления арбитражного разбирательства раскрытия другой стороне существенной информации, полученной в ходе частной встречи.

С одной стороны, такое раскрытие ставит обе стороны в равные условия. Однако, с другой стороны, наличие данного положения может сделать саму процедуру медиации в арбитраже неэффективной. Такое последствие вполне естественно, когда сторона, зная, что сказанное ею будет раскрыто другой стороне, будет более сдержанной и осторожной.

Тем не менее, существуют иные пути решения данной проблемы. Например, если такая встреча необходима, то она может проводиться в присутствии секретаря арбитражного учреждения с ведома отсутствующей стороны. Секретарь будет выступать в роли независимого наблюдателя, что не позволит стороне каким-либо образом повлиять на отношение арбитра-посредника.

Гарантии против предвзятого отношения арбитров

Одним из способов предотвращения возможного риска предвзятости со стороны арбитра из-за участия в качестве медиатора является его замена в случае неудачной процедуры медиации. Сторонам следует предоставить возможность определить целесообразность рассмотрения дела арбитром, выступившим в качестве медиатора. Такое правило содержится в регламенте VAC, согласно которому стороны могут требовать замены арбитра на основании того, что он принял участие в процедуре медиации⁶³. Для того чтобы данное правило имело действие, сторонам необходимо обратиться с соответствующей просьбой.

⁶² Gao Haiyan v. Keeneye, Court of Appeal. Para. 99.

⁶³ VAC Rules. Article 67(2).

Другим способом может служить закрепление некоторых правил в этических кодексах для арбитров. Ныне действующие кодексы профессиональной этики не уделяют внимание надлежащей правовой процедуре в ходе *arb-med-arb*, а в основном направлены на избежание конфликта интересов при назначении арбитра в обычном арбитражном разбирательстве.

Здесь же следует учитывать Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже, которые закрепляют право арбитра оказывать сторонам содействие в достижении урегулирования спора на любой стадии разбирательства при наличии на то согласия сторон⁶⁴. Однако в данном акте также предусмотрено, что арбитр «должен заявить самоотвод, если в результате его участия в процессе урегулирования спора у него возникнут сомнения в своей способности оставаться беспристрастным или независимым в ходе дальнейшего арбитражного разбирательства». Имеет важное значение то, что именно на арбитра возлагается обязанность отказаться от участия в дальней-

шем рассмотрении спора с учетом степени своей беспристрастности.

9. Заключение

Китайская правовая культура, в которой посредничество представляется наиболее гармоничным способом урегулирования споров, наложила отпечаток на арбитраж. Комбинированный подход к арбитражу, внедряющий медиацию в третейское разбирательство, может быть перенят у китайских арбитров, хотя, конечно, может возникнуть множество вопросов о целесообразности такой апроприации.

Несмотря на наличие некоторых рисков, *arb-med-arb* имеет неоспоримые достоинства, важнейшими из которых является эффективность разбирательства и более вероятное сохранение между спорящими сторонами партнерских отношений. Опять же, такая эффективность зависит от правильного и всеобъемлющего регулирования рассматриваемого механизма. Китайские арбитражные учреждения предпринимают попытки заполнения пробелов в регулировании с целью обеспечения надлежащей правовой процедуры и беспристрастности арбитров-медиаторов. Верится, что в дальнейшем соответствующие изменения будут проведены и на законодательном уровне.

⁶⁴ Статья 4(d) Общего стандарта 4, Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже.

