



## ВЕСТНИК МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

# 2

ISSN 20751931

(17) 2018  
июль – декабрь  
July – December



- Третейские итоги 2018 г. пунктиром: дискретные и системные моменты
- Признание и адаптация вещных обеспечений в международном частном праве
- *Force Majeure* in Energy Arbitration: Predicting the Unpredictable
- Арбитраж корпоративных споров в Германии
- Взаимосвязь медиации и арбитража
- Investment Protection and the EU Law
- О «третейских новеллах» в двух законах РФ, принятых в декабре 2018 г.
- Некоторые стандартные документы МКАС при ТПП РФ
- Решения МКАС при ТПП РФ и Арбитража при Московской ТПП
- Российские судебные акты об отрицании стандартной арбитражной оговорки ICC
- Решения шведских государственных судов в отношении шведских и российских арбитражных решений
- Некоторые решения Федерального суда Швейцарии по вопросам арбитража
- Awards of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
- Некоторые диссертации на соискание ученой степени, защищавшиеся в России в 2012–2017 гг. по вопросам международного коммерческого арбитража, третейского разбирательства, международного частного права и международного гражданского процесса, а также медиации: критический обзор тезисов, вынесенных на защиту

4А\_382/2018

Решение от 15 января 2019 г.

**Первое отделение по гражданским делам**

Состав:

Госпожи федеральные судьи Кисс (председательствующая), Холь и Никиль.

Секретарь: М.О. Карруццо

Участники процесса:

Международный олимпийский комитет, представленный господами Жаном-Пьером Морандом и Антонио Риготци,  
заявитель,

против

Х. \_\_\_\_\_, представленного господами Филиппом Бэрчем и Кристофером Бугом,  
противная сторона.

Предмет:

международный арбитраж по вопросам спорта,

заявление по гражданскому делу в отношении решения, вынесенного 23 апреля 2018 г. Спортивным арбитражным судом (CAS 2017/A/5379).

**Факты:****А.**

**А.а.** Международный олимпийский комитет (МОК) является международной, неправительственной организацией, преследующей некоммерческие цели, учрежденной в форме ассоциации по швейцарскому праву; ее местонахождением является Лозанна. Олимпийской Хартией на него возлагается миссия по руководству Олимпийским движением, включая Олимпийские игры (ОИ), являющиеся кульминационным событием, а именно летние ОИ, также известные как Игры Олимпиады, и зимние ОИ.

С 7 по 23 февраля 2014 г. российский город Сочи принимал Зимние Олимпийские игры (далее – Игры в Сочи). Спортсмены из страны-организатора завоевали 33 медали, что позволило России занять первое место в общем медальном зачете, хотя она заняла

не более чем одиннадцатое место в этом рейтинге на предыдущих Зимних Олимпийских играх, проходивших в Ванкувере (Канада) в 2010 г.

Х. \_\_\_\_\_ является российским лыжником, который участвовал в Играх в Сочи. Он завоевал... медаль в свободной индивидуальной гонке..., а также... медаль в эстафетной гонке... в составе российской команды.

13, 21 и 23 февраля 2014 г. российский лыжник подвергся трем антидопинговым тестам, все они дали отрицательный результат в свете всех проверок, осуществленных в отношении российских спортсменов, вовлеченных в арбитражное разбирательство, о котором пойдет речь далее.

**A.b.** 3 декабря 2014 г. один немецкий телеканал выпустил документальный фильм о существовании, как утверждалось, обширной, секретной и институциональной допинговой программы в рамках Всероссийской федерации легкой атлетики, после чего Всемирное антидопинговое агентство (ВАДА) назначило независимую комиссию в составе трех членов для расследования этого утверждения. В своем докладе от 9 ноября 2015 г. независимая комиссия подтвердила факт широкомасштабных махинаций, организованных лицами из окружения спортсменов, официальными лицами и самими спортсменами с целью повысить шансы спортсменов и команд страны-организатора на успех за счет использования веществ и методов, подпадающих под действие антидопингового регулирования.

В 2015 г. доктор А. \_\_\_\_\_, бывший директор Московской антидопинговой лаборатории и антидопинговой лаборатории, созданной в Сочи на время проведения ОИ, покинул Россию и осуществил ряд разоблачений, получивших широкое освещение, о существовании изошренного допингового плана до, во время и после Игр в Сочи. Также 19 мая 2016 г. ВАДА поручило профессору Ричарду Х. МакЛарену провести независимое расследование по поводу утверждений д-ра А. \_\_\_\_\_. В первом отчете, датированном 16 июля 2016 г., проф. МакЛарен пришел к выводу, что Московская лаборатория действовала с целью защиты принимавших допинг российских спортсменов в рамках высоконадежной системы, организованной государством, которая была обозначена в отчете под названием «Исчезающая позитивная методология» (*Disappearing Positive Methodology*); что лаборатория в Сочи использовала уникальную систему замены образцов (она заключалась в предоставлении российским спортсменам доступа к банку мочи, позволяющему заранее хранить там образцы надлежащей мочи, сданной ими, которыми заменялись бы при наступлении дня проверки образцы, содержащие запрещенные вещества) с целью позволить российским спортсменам, использующим допинг, участвовать в Зимних ОИ 2014 г.; наконец, что манипулирование результатами антидопинговых тестов и замена образцов организовывались, контролировались и отслеживались Министерством спорта при активном участии Федеральной секретной службы (ФСБ), Центра спортивной подготовки национальных сборных команд России (ЦСП) и двух вышеупомянутых лабораторий. Во втором отчете проф. МакЛарена, датированном 9 декабря 2016 г., содержались подробные разъяснения насчет функционирования беспрецедентной допинговой программы по поводу Игр в Сочи. По мысли автора, имел место тщательно организованный заговор, охватывавший соучастие официальных лиц из Министерства спорта, ЦСП, сотрудников находившейся в Москве Сочинской лаборатории, Российского антидопингового агентства (РУСАДА), Олимпийского комитета России, спортсменов и ФСБ.

Между публикацией двух докладов проф. МакЛарена МОК назначил Комиссию по расследованию, возглавляемую Самуэлем Шмидом, бывшим президентом Швейцарской Конфедерации, с целью установления фактов, которые могли оправдать открытие дисциплинарного производства. 2 декабря 2017 г. упомянутая Комиссия выпустила отчет, который подтвердил по существу существование и масштабы российской допинговой программы и сделал акцент на беспрецедентном характере выявленных махинаций.

**А.с.** В декабре 2016 г. МОК учредил Дисциплинарную комиссию в составе трех членов под председательством профессора Дениса Освальда (далее – Дисциплинарная комиссия), которой было поручено расследование потенциальных нарушений антидопинговых правил, допущенных отдельными российскими спортсменами на Играх в Сочи. Упомянутая Комиссия официально начала дисциплинарные расследования в отношении первой группы из 28 российских спортсменов, которым было поставлено в упрек сознательное и активное участие во время Игр в Сочи в допинговой и изощренно скрываемой системе, организованной государством. Одним из таких лиц был Х. \_\_\_\_\_, который был уведомлен МОК 22 декабря 2016 г. о начале в отношении него дисциплинарного производства. В тот же день Международная федерация лыжного спорта (ФИС) временно отстранила российского спортсмена. По апелляции этого лица Спортивный арбитражный суд (САС) в постановлении от 31 августа 2017 г. указал, что временное отстранение соответствующего лица следует прекратить, насколько это уместно, не позднее 31 октября того же года.

1 ноября 2017 г. после рассмотрения дела Дисциплинарная комиссия вынесла резолютивную часть своего решения. Признав Х. \_\_\_\_\_ виновным в нарушении Антидопинговых правил МОК, применимых на ОИ в Сочи, она аннулировала все достигнутые им на этих Играх результаты, распорядилась вернуть две медали, которые он завоевал в этой связи, дисквалифицировала российскую команду по эстафете..., потребовала возврата вознаграждений, полученных ее членами, призвала ФИС изменить результаты соревнований, в которых Х. \_\_\_\_\_ принимал участие, и объявила, что данный российский лыжник лишен права на аккредитацию в любом качестве на будущих Играх Олимпиады или Зимних Олимпийских играх, следующих за Играми в Сочи.

Полный текст решения был изготвлен 27 ноября 2017 г. Основания, указанные в нем, кратко изложены в решении САС (п. 52–68). В качестве предварительного замечания Дисциплинарная комиссия заявляет, что, в отличие от других спортивных организаций, она не будет применять систему коллективных санкций против всех российских спортсменов, которые участвовали в сочинских играх, а рассмотрит каждое дело индивидуально, в том числе дело Х. \_\_\_\_\_, для того чтобы применить санкции только к тем спортсменам, в отношении которых она убедится при помощи достаточных доказательств в их личной вовлеченности в нарушение антидопинговых правил, ею констатированное. Тем не менее Дисциплинарная комиссия оставила за собой право в случае установления существования масштабной фальсификации принимать во внимание это положение дел, когда она приступит к оценке доказательств вины каждого отдельного спортсмена. Затем она объясняет, почему дела, касающиеся российских спортсменов, подозреваемых в допинге, выходят за рамки обычной ситуации, делая особенно акцент на том факте, что здесь имеет место не обычное нарушение антидопинговых правил, состоящее в использовании запрещенного вещества, но использование методов,

нацеленных на сокрытие применения допинга; следовательно, невозможно обратиться к определенным видам прямых и объективных доказательств. Также она сравнивает свою работу со сбором кусочков паззла, предполагающим позволить ей констатировать к ее удовлетворению, что общая картина, полученная из имеющихся доказательств, соответствует действительности. Переходя затем к изучению частей конкретных доказательств, Дисциплинарная комиссия делает прежде всего вывод, что объяснения, предоставленные в двух отчетах проф. МакЛарена, являются достаточно надежными, чтобы быть принятыми во внимание в рамках расследования, проводимого в отношении Х.\_\_\_\_\_, что то же самое относится к большинству доказательств, представленных в двух экспертных заключениях, имеющихся в деле, и что, наконец, это равным образом относится к письменным показаниям, исходящим от д-ра А.\_\_\_\_\_. В конце данного расследования она приходит к выводу, что имеющиеся доказательства устанавливают к ее более чем достаточному удовлетворению («that it was more than comfortably satisfied that...»), что программа по подмене образцов была действительно внедрена и реализована на Играх в Сочи. По мнению Дисциплинарной комиссии, невозможно было представить, чтобы российские спортсмены не были вовлечены в эту программу, которая, подобно швейцарским часам, не могла бы функционировать при отсутствии одного из ее многочисленных колесиков. По ее мнению, Х.\_\_\_\_\_ по различным причинам не был исключением из правила. Он также должен быть признан виновным в нарушении ст. 2.2, 2.5 и 2.8 Всемирного антидопингового кодекса (Кодекс ВАДА), версия 2009 г., и быть подвергнутым вышеуказанным санкциям.

## **В.**

**В.а.** Х.\_\_\_\_\_, как и другие наказанные российские спортсмены, подал апелляцию на касающееся его решение Дисциплинарной комиссии (дело САС 2017/А/5379).

По общему согласию всех сторон была установлена особая процедура с объединением для рассмотрения отдельных вопросов. Таким образом, российский лыжник и другие апеллянты подали 27 декабря 2017 г. краткую совместную апелляцию, посвященную общим для всех спортсменов вопросам, к которой прилагалась отдельная краткая апелляция в адрес САС от каждого спортсмена с описанием его (ее) особой ситуации. 17 января 2018 г. МОК подал свои отзывы на общую апелляцию и на различные индивидуальные апелляции. Два состава из трех арбитров в каждом были назначены для вынесения решений по всем апелляциям с уточнением, что они оба будут участвовать в устных слушаниях по общим вопросам, но затем каждый из них отдельно займется делами, касающимися конкретных спортсменов, которые будут переданы им в зависимости от рассматриваемой спортивной дисциплины.

**В.б.** Мотивированным решением от 23 апреля 2018 г., вынесенным после объявления резолютивной части 1 февраля 2018 г., САС удовлетворил апелляцию Х.\_\_\_\_\_, отменил решение, принятое 1 ноября 2017 г. Дисциплинарной комиссией против российского лыжника, и восстановил его индивидуальные результаты, полученные им по случаю Зимних ОИ в Сочи в 2014 г., со всеми вытекающими отсюда последствиями как для него, так и для российской эстафеты... Мотивы такого решения, которое изложено не менее чем на 154 страницах, будут кратко изложены ниже в той мере, в которой это требуется для рассмотрения позиций, приведенных заявителем.

**В.б.а.** Состав начинает с изложения релевантных, на его взгляд, фактов, разделяя их на те, которые касаются всех апеллянтов (решение, п. 4–26), и те, которые относятся более особенным образом к ситуации Х. \_\_\_\_\_ (решение, п. 27–32). Далее он кратко представляет процедуру в отношении российского спортсмена, которая осуществлялась в Дисциплинарной комиссии (решение, п. 33–68), а затем в рамках его собственных полномочий (решение, п. 69–86). После этого он подробно излагает аргументы, выдвинутые Х. \_\_\_\_\_ и МОК, на которых первый основывает свою апелляцию (решение, п. 87–156), а второй – свой отзыв (решение, п. 157–236); он [состав арбитров] поступает так в обоих случаях, придерживаясь разделения, упомянутого выше. Изложение хода слушания (*Hearing*), которое состоялось с 22 по 27 января 2018 г. в Женеве, занимает большую часть решения, в которой, по-прежнему основываясь на том же разделении, приводятся вступительные заявления сторон (*Opening Statements*), задействованные доказательства (свидетельские показания, экспертные заключения, показания российского лыжника и т.п.), заключительные заявления сторон (*Closing Statements*) и заключительные прения (*Final Pleadings*; решение, п. 237–672).

**В.б.б.** Последующие главы оспариваемого решения касаются вопросов допустимости апелляции (п. 673–687). В них Состав констатирует свою компетенцию, которую он выводит из ст. R47 Кодекса спортивного арбитража (далее – Кодекс) в связке со ст. 11.2.1 Антидопинговых правил, установленных МОК для Игр в Сочи (далее – Правила), право апелланта обратиться в суд в силу ст. 11.2.2 Правил, а также приемлемость апелляции *ratione temporis* по ст. R49 Кодекса в связи со ст. 11.5 Правил. Что касается применимого права, он опирается на ст. 1.2 Правил со ссылкой на ст. R58 Кодекса, что приводит к применению Кодекса ВАДА (версия 2009 г.) для принятия решения о том, нарушал или нет апеллент антидопинговые правила.

**В.б.с.** Урегулировав предварительные вопросы, Состав приступает к рассмотрению апелляции по существу (решение, п. 688–865). На его взгляд, относящимися к делу положениями в этом отношении являются ст. 2.2, 2.5, 2.8 и 3.1 Кодекса ВАДА, к которому прилагается Запрещенный список 2014 г., установленный ВАДА. Из последнего приведенного положения он сделал вывод, что бремя доказывания лежит на МОК и, что касается стандарта доказывания, он выше, чем просто баланс вероятностей, но ниже, чем доказательства вне всякого разумного сомнения; одним словом, именно МОК следовало установить к удовлетворению суда, что российский спортсмен совершил конкретные нарушения антидопинговых правил, ему вменяемые, уточнив, что чем серьезнее последствия таких нарушений, тем выше должна быть степень определенности, требуемая Составом для того, чтобы быть «достаточно удовлетворенным». Таким образом, последний установил принципы, которые он применял в поиске истины: во-первых, на МОК лежала обязанность по установлению наличия нарушения соответствующего антидопингового правила, причем так, чтобы Состав был этим удовлетворен; во-вторых, Состав, как выносящий решение орган, должен был принимать во внимание все решающие обстоятельства дела; отсутствие прямых доказательств необязательно означало невиновность, но могло также заставить задуматься о том, что серьезный проступок, заслуживающий наказания, был на самом деле скрыт; более того, поскольку МОК не является национальным или международным органом, уполномоченным на правоприменение, и поэтому его полномочия по проведению расследования являются ограниченными по сравнению с го-

сударственным или межонациональным органом, то Состав должен учитывать такое положение дел при оценке им доказательств, которые ему представлены, насколько будет допустимо, в зависимости от случая, чтобы признать, что МОК установил к его удовлетворению наличие нарушения антидопинговых правил, несмотря на невозможность прийти к подобному выводу исключительно на основании прямых доказательств; однако в то же самое время, учитывая тяжесть предъявленных апеллянту обвинений, МОК должен представить особо убедительные доказательства преднамеренного участия спортсмена в нарушении, о котором утверждается; поэтому ему будет недостаточно для удовлетворения Составу просто установить существование общей системы применения допинга; также ему необходимо продемонстрировать достаточным образом в каждом отдельном случае, что соответствующий спортсмен сознательно предпринимал конкретные действия, составляющие специфическое и идентифицируемое нарушение антидопингового правила; в-третьих, чтобы проверить, привел ли МОК доказательства, бремя представления которых на нем лежало, в требуемой степени, Состав примет во внимание любые допустимые и надежные средства доказывания, представленные этой организацией; если предположить, что доказательства, приведенные и одной, и другой стороной, покажутся ему одинаково весомыми, тогда он будет применять правила о бремени доказывания.

**B.b.d.** После рассмотрения вопроса о проблематике доказывания Состав указывает метод, который он будет использовать для изучения спорных вопросов (решение, п. 722–728). Он подчеркивает, во-первых, что ст. R57 Кодекса позволяет ему пересматривать вопросы факта и права с полной возможностью их изучения (*de novo*), так что он сможет принять во внимание доказательства, которые ему представлены, не ограничиваясь теми, которые существовали на день провозглашения решения Дисциплинарной комиссии. Также он настаивает на том факте, что его выводы основаны на других, более широких основаниях, чем те, на которых основывалась вышеуказанная Комиссия. Состав отмечает, во-вторых, что, учитывая спорные вопросы, поднятые заявителем, ему надлежит делать определенные выводы не касательно общего наличия, цели, характера и масштаба допинговой программы или программы по сокрытию [приема допинга] как таковой, использовавшейся на Играх в Сочи, но только применительно к исследованию в необходимой степени конкретных вопросов, подлежащих разрешению при рассмотрении апелляции российского спортсмена. В-третьих, он поясняет, что для него невозможно заключить, что наличие общей программы допинга и маскировки [приема допинга] обязательно подразумевает *ipso facto* совершение апеллянтом нарушений антидопинговых правил, о которых утверждает МОК. Ему потребуются скорее убедиться применительно к каждому из таких нарушений, что российский спортсмен несет в этом отношении ответственность, иначе говоря, что совокупность доказательств, имеющихся в его распоряжении, позволяет ему заключить к достаточному его удовлетворению, что спортсмен лично совершил конкретные действия или допустил бездействие, образующие составные элементы каждого из оспариваемых нарушений антидопинговых правил.

**B.b.e.** Состав затем обстоятельно изучает различные нарушения антидопинговых правил, заявленных МОК против апелланта (решение, п. 729–865). В конце этого изучения, основанного на всех имеющихся доказательствах, он приходит к выводу, что МОК не представил, как ему было положено, достаточных доказательств нарушения апеллан-

том того или иного из указанных правил (решение, п. 866). Затем он завершает свои разъяснения, которые следует воспроизвести здесь на оригинальном языке решения:

«867. Приходя к таким выводам, Состав хочет подчеркнуть то, что им *не* было решено при этой апелляции. Состав *не* постановлял относительно того, существовала ли и в какой степени допинговая схема, о которой утверждается, во время Игр в Сочи и как она действовала, даже если он признает, что имеются существенные доказательства того, что она имела и работала. Более того, Состав не посчитал возможным заключить, что существование общей схемы приема допинга и его сокрытия, даже если это установлено, неизбежно вело бы к выводу о том, что Спортсмен совершил нарушение тех антидопинговых правил, о которых утверждает МОК.

868. Что Состав при данной апелляции отдельного спортсмена против вывода о различных нарушениях антидопинговых правил *действительно решил*, так это просто следующее: по всем причинам, изложенным в настоящем решении, доказательства, представленные перед Составом, не оправдывают к достаточному удовлетворению Составу вывод, что Спортсмен путем действий или бездействия лично совершил любое из нарушений антидопинговых правил, о которых утверждается».

### С.

27 июня 2018 г. МОК (далее — заявитель) подал заявление по гражданскому вопросу в Федеральный суд ввиду нарушения его права быть выслушанным в состязательном разбирательстве (абз. 2(d) ст. 190 Закона о международном частном праве) с целью добиться отмены оспариваемого решения.

Федеральный суд не требовал подачи отзыва на заявление. Он, однако, потребовал от САС представления материалов дела.

### 1.

Согласно абз. 1 ст. 54 Закона о Федеральном суде Федеральный суд излагает свое решение на официальном языке, по общему правилу — на языке оспариваемого решения. Поскольку это решение было вынесено на другом языке (а именно на английском), Федеральный суд использует официальный язык, выбранный сторонами. Перед САС они использовали английский, тогда как заявление, которое адресовано Федеральному суду, заявитель изложил на французском, тем самым соблюдая абз. 1 ст. 42 Закона о Федеральном суде в связи с абз. 1 ст. 70 Конституции [Швейцарии] (ATF 142 III 521, п. 1). Согласно своей практике, Федеральный суд, следовательно, вынесет свое решение на французском языке.

### 2.

Оспаривание по гражданским делам допустимо в отношении решений, касающихся международного арбитража на условиях, закрепленных в ст. 190–192 Закона о международном частном праве (абз. 1(а) ст. 77 Закона о Федеральном суде). Идет ли речь о предмете заявления, процессуальной правоспособности на его подачу, сроках его подачи, выводах, приведенных заявителем, или просьбе, изложенной в заявлении, — ни по одному из этих условий допустимости заявления в данном случае вопрос не встает. Таким образом, ничего не препятствует приступить к рассмотрению делу.



### 3.

В своем единственном доводе заявитель, объявляющий о нарушении его права быть выслушанным, упрекает САС в том, что он, с одной стороны, не исполнил свою минимальную обязанность изучить и вникнуть в соответствующие проблемы и, с другой стороны, основал свое решение на непредвиденных мотивах.

#### 3.1.

**3.1.1.** Право быть выслушанным — в том виде, в котором оно гарантируется абз. 3 ст. 182 и абз. 2(d) ст. 190 Закона о международном частном праве, — не требует того, чтобы международное арбитражное решение было мотивированным. Тем не менее из судебной практики следует минимальная обязанность арбитражного суда изучить и вникнуть в соответствующие проблемы. Эта обязанность нарушается, когда непреднамеренно или по недоразумению арбитражный суд не рассматривает представленные одной из сторон утверждения, аргументы, доказательства и предложения доказательств, важные для вынесения решения. На так называемую потерпевшую сторону возлагается обязанность продемонстрировать в своем заявлении, направленном против решения, какое упущение арбитров не позволило ей быть выслушанной по важному вопросу. Именно ей следует обосновать, что, с одной стороны, арбитражный суд не изучил некоторые вопросы фактов, доказательств или права, которые она последовательно выдвигала в поддержку своих выводов, и что, с другой стороны, эти вопросы были такого характера, что повлияли на исход спора (ATF 142 III 360, п. 4.1.1 и п. 4.1.3).

**3.1.2.** В Швейцарии право быть выслушанным относится главным образом к установлению фактов. Право сторон быть опрошенными по правовым вопросам признается только ограниченным образом. По общему правилу, согласно правовой максиме *jura novit curia*, государственные или арбитражные суды свободно оценивают юридическую значимость фактов, и они могут принимать решения также на основе правовых правил иных, чем те, которые выдвигаются сторонами. Следовательно, постольку, поскольку арбитражное соглашение не ограничивает задачу суда лишь правовыми средствами, задействованными сторонами, они не должны заслушиваться особым образом по поводу пределов действия, признаваемых за правовыми правилами. В качестве исключения необходимо их выслушать, когда судья или арбитражный суд намеревается основывать свое решение на норме или правовом соображении, которые в ходе разбирательства не поднимались и уместность которых стороны не могли предугадать (ATF 130 III 35, п. 5 со ссылками). В остальном понимание того, что является непредвиденным, — вопрос оценки. Также Федеральный суд ограничивает себя в применении последнего правила по той причине и потому, что следует учитывать особенности такого типа процедуры во избежание использования аргумента о неожиданности в стремлении добиться пересмотра решения по существу за счет процедуры рассмотрения заявления против этого решения (решение 4A\_716/2016 от 26 января 2017 г., п. 3.1). Он напомнил о нем опять несколько лет назад, отказавшись распространить данную судебную практику на установление фактов (решение 4A\_538/2012 от 17 января 2013 г., п. 5.1, подтвержденное решениями 4A\_214/2013 от 5 августа 2013 г., п. 4.3.1, и 4A\_305/2013 от 2 октября 2013 г., п. 4).

Федеральный суд в любом случае очень редко признавал заявлявшийся перед ним аргумент об эффекте неожиданности (ATF 130 III 35, п. 6.2; решение 4A\_400/2008 от 9 февраля 2009 г., п. 3.2). В подавляющем большинстве дел он его отклонял (решения 4A\_716/2016

от 26 января 2017 г., п. 3.2; 4А\_136/2016 от 3 ноября 2016 г., п. 5.2; 4А\_322/2015 от 27 июня 2016 г., п. 4.4; 4А\_324/2014 от 16 октября 2014 г., п. 4.3; 4А\_544/2013 от 26 мая 2014 г., п. 3.2.2; 4А\_305/2013 от 2 октября 2013 г., п. 4; 4А\_214/2013 от 5 августа 2013 г., п. 4.3.1; 4А\_407/2012 от 20 февраля 2013 г., п. 5.3; 4А\_538/2012 (указано выше), п. 5.1; 4А\_46/2011 от 16 мая 2011 г., п. 5.1.3; 4А\_254/2010 от 3 августа 2010 г., п. 3.3; 4А\_240/2009 от 16 декабря 2009 г., п. 3, и 4Р.105/2006 от 4 августа 2006 г., п. 7.2, последний абзац). Однако верно и то, что ограничение, которое он устанавливал в течение длительного времени применительно к такому аргументу, едва ли имело сдерживающий эффект для потенциальных заявителей по вопросам международного арбитража (решение 4А\_525/2017 от 9 августа 2018 г., п. 3.1 в конце).

### 3.2.

**3.2.1.** По мнению заявителя, оспариваемое решение нарушило его право быть выслушанным ввиду того, что в нем не рассмотрен его существенный довод, сформулированный следующим образом (решение, п. 200; заявление, п. 45):

«...МОК [...] призывает Состав, во-первых, прийти к выводу о существовании схемы использования и сокрытия допинга и, во-вторых, сделать выводы в отношении общей вовлеченности в нее спортсменов».

Заявитель в связи с этим подчеркивает, что рассматриваемое дело проистекает не из традиционного нарушения антидопинговых правил, характеризующегося наличием запрещенной субстанции в организме спортсмена, но скорее из задействия институциональной допинговой программы в рамках сговора, инициированного государством—организатором ОИ в Сочи к выгоде спортсменов, имеющих его гражданство, а целью данной махинации являлось сокрытие любых следов допинга у спортсменов, которые тем не менее использовали запрещенные ВАДА субстанции. Без сомнения, он признает то, что российские апеллянты поддержали перед Составом — что требовалось доказать их личную вину. Тем не менее те же самые апеллянты, согласно ему, не оспаривали значимость для дела вопроса о существовании российской допинговой программы, вследствие чего обсуждение было сосредоточено на вопросе доказательств реализации такой программы. Схожее мнение, впрочем, разделял и Состав, но этот последний, хотя и признал, что обладает большим числом доказательственных материалов, чем Дисциплинарная комиссия, посчитал, что ему надлежит не выносить решение о существовании российской допинговой программы как таковой, а единственно определить, был ли вовлечен в нее тот или иной спортсмен. Он также не принимал во внимание различные доказательства, такие как чрезмерно высокое содержание соли или присутствие ДНК других [лиц] в пробах мочи определенных российских апеллянтов, лишь по тому мотиву, что заявитель не преуспел в установлении того, что пробы Х.\_\_\_\_\_ были подвержены таким аномалиям. Действуя подобным образом, Состав при оценке доказательств вовлеченности противной стороны в организованные махинации просто-напросто проигнорировал основной довод заявителя, согласно которому следовало изучить саму суть институциональной допинговой системы, имевшей целью именно сокрытие вовлеченности в нее применяющих допинг спортсменов.

Также, согласно заявителю, то, каким образом действовал Состав, тоже привело к эффекту неожиданности, учитывая, что сама противная сторона не оспаривала значимость для дела российской допинговой программы, но стремилась показать, что существование такой программы не было установлено. Эффект неожиданности был особенно за-

метным, поскольку определенный Составом подход к процедуре создавал впечатление, что существование вышеназванной программы находилось в центре дела. И заявитель упомянул о возможности, которая была согласована сторонами, обратиться в САС с общими документами, касающимися всех апеллянтов, о решении провести общие слушания и о предложении Состава, сделанном сторонам в ходе арбитража и принятом ими, проводить совместные заседания не только по вопросам, представляющим интерес для всех российских спортсменов, как это было предусмотрено изначально, но также по вопросам, касающимся лично противной стороны. По словам заявителя, если бы он мог предположить, что Состав намеревался просто-напросто проигнорировать вопрос о существовании институциональной допинговой программы, включая ее значимость для оценки доказательств, относящихся к вовлеченности российских апеллянтов в общем и противной стороны в частности, он бы не согласился на то, чтобы оба Состава заседали совместно, учитывая, что два арбитра были номинированы российскими апеллянтами и лишь один был номинирован им. В остальном неожиданность представляется для заявителя особенно поразительной ретроспективно, поскольку Состав разъяснил, особенно в п. 867 своего решения, что имелись существенные доказательства того, что российская допинговая программа, существование которой он отказывался констатировать, функционировала успешно.

Заявитель по-прежнему воздерживается от попыток добиться пересмотра способа, которым Состав оценил соответствующие доказательства, но подтверждает свою позицию по поводу того факта, что доказательства, касающиеся существования российской допинговой программы, были проигнорированы. Если вкратце, то он упрекает Состав за то, что последний отнесся к данному делу так, как будто это был «классический» случай [употребления] допинга, тогда как оно вписывалось в контекст того, что заявитель называет самым крупным допинг-скандалом всех времен, демонстрирующим уровень беспрецедентной изощренности, особенно в сокрытии доказательств. Согласно его позиции, Состав тем самым лишил его права быть выслушанным в части существа дела, отказав в разрешении вопроса о существовании российской допинговой программы и воздержавшись таким образом от того, чтобы сделать выводы, которых необходимо вытекали из доказательств вовлеченности отдельных спортсменов в эту незаконную систему.

Напоследок заявитель ссылается на дополнительный аргумент, которым Состав уточнил относительно нарушения антидопингового правила, заключающегося в использовании запрещенной субстанции, что даже если бы существование российской допинговой программы было установлено, он не был бы тем не менее убежден в вовлеченности апелланта в нарушение упомянутого правила. Ссылаясь на решение 4A\_730 / 2012 от 29 апреля 2013 г., п. 3.3.2, он квалифицирует этот дополнительный аргумент как «стилистическую формулу», являющуюся ненадлежащей для того, чтобы устранить нарушение права быть выслушанным.

**3.2.2.** При чтении аргументации, причем не вполне ясной и по сути носящей характер апелляционного обжалования [т.е. в том числе по вопросам факта], которая только что была кратко изложена, бросается в глаза, что заявитель, хотя и защищая свою позицию, в действительности пытается под предлогом заявления о нарушении его права быть выслушанным подвергнуть сомнению тот способ, которым Состав оценил доказательства, фигурирующие в арбитражном деле, и добиться того, чтобы Федеральный суд вернул ему дело с тем, чтобы тот определенно констатировал существование оспариваемой

российской допинговой программы и чтобы тот неизбежно сделал вывод о том, что противная сторона была в нее вовлечена. Само собой разумеется, такая попытка изначально обречена на провал.

Из остального явствует — с учетом выводов, сформулированных в отношении п. 867/868 оспариваемого решения, в том виде, в каком они воспроизведены *in extenso* в п. В.б.е настоящего решения, — что заявитель в своем заявлении представил в очень сжатой форме изложение соображений по тонким нюансам, при помощи которых Состав, по его мнению, показал способ понять связь, которая могла существовать между институционализированной системой допинга, созданной, как представляется, для Игр в Сочи, и возможной индивидуальной виновностью российских спортсменов, которые были подвергнуты дисциплинарным санкциям в первую очередь за то, что они оказались замешанными в данной махинации. В этом отношении не следует упускать из вида то, что Дисциплинарная комиссия, созданная — стоит это уточнить — заявителем, позаботилась о том, чтобы указать, что она не будет недифференцированным образом применять систему коллективных санкций против всех российских спортсменов, участвовавших в Играх в Сочи, но рассмотрит каждый случай индивидуально, чтобы наказать только тех спортсменов, чью личную вовлеченность в констатируемое ею нарушение антидопинговых правил она сможет установить. Состав придерживался аналогичных мотивов в отношении исключения коллективных санкций. Тем не менее далее он несколько отклонился от подхода, использованного Дисциплинарной комиссией, в том смысле, что, вопреки последней, он не признал, что из предположительно доказанного существования общей допинговой системы и ее сокрытия необходимо прийти обязательно к выводу о том, что такой индивидуальный спортсмен совершил нарушение антидопинговых правил, о котором утверждает МОК. Однако знание того, можно или нет вывести индивидуальную ответственности из констатации существования незаконной системы, применяемой в больших масштабах, является вопросом права, который находится за пределами компетенции Федерального суда, когда он принимает решение по заявлению в сфере международного арбитража. Это означает, что заявитель не может жаловаться в данном Федеральном суде на выбор между двумя альтернативными условиями, который сделал Состав, отказавшись выводить вину противной стороны единственно из существования, даже если оно доказано, общей допинговой программы, применявшейся в рамках соревнований, в которых заинтересованное лицо приняло участие под флагом страны-организатора.

При этом никоим образом не продемонстрировано и в остальном не представляется, что Состав нарушил непреднамеренно или по недоразумению право заявителя на то, чтобы его утверждения, аргументы, доказательства и предложения доказательств, имеющие значение для вынесения решения и представленные в соответствии с применимыми правилами процедуры, были приняты во внимание.

В остальном заявитель без веской причины доказывает эффект неожиданности. Едва ли можно представить, что организация такой значимости, участвовавшая в широко освещаемом процессе, которой оказывали содействие два специалиста по спортивному арбитражу, все еще может быть каким-либо образом застигнутой «неожиданностью» в ходе судебного разбирательства, в котором значительных ставок избежать она не могла.

Наконец, дополнительные мотивы, выдвинутые Составом, не имеют ничего общего с тем, что Федеральный суд охарактеризовал как «шаблонную формулу» в решении 4А\_730/2012, процитированном заявителем, в которой Состав просто указал, что он учел

все факты, правовые доводы и доказательства, представленные сторонами, но при этом ссылаясь лишь на те доводы и доказательства, которые необходимы для объяснения его мотивов.

В этих условиях заявление, поданное на рассмотрение данного Федерального суда, не может не быть отклонено.

**4.**

Заявитель, проигравший дело, должен оплатить расходы по федеральному разбирательству (абз. 1 ст. 66 Закона о Федеральном суде). Противная сторона, которой подача отзыва не предлагалась, не имеет права на возмещение издержек.

**По этим мотивам Федеральный суд объявляет:**

**1.**

Заявление отклоняется.

**2.**

Судебные расходы, определяемые в 5000 швейцарских франков, возлагаются на заявителя.

**3.**

Распределение издержек не производится.

**4.**

Настоящее решение направляется представителям сторон и в Спортивный арбитражный суд.

Лозанна, 15 января 2019 г.

От имени первого отделения по гражданским делам Федерального суда Швейцарии

Председательствующая: Кисс

Секретарь: О. Карруццо