

**Новые горизонты
международного арбитража.
Выпуск №1.**

Книга «Новые горизонты международного арбитража» представляет собой сборник статей докладчиков конференции «Russian Arbitration Day» (Москва, 20 июня 2013).

Статьи для публикации выбраны за их новизну и глубину проработки вопросов и представляют собой новое слово в развитии науки международного арбитража в России.

Книга предназначена для всех практикующих арбитражных юристов, ученых, аспирантов юридических вузов.

Предисловие от редакторов

Книга «Новые горизонты международного арбитража», которую Вы держите в руках, представляет собой сборник статей докладчиков конференции «Russian Arbitration Day». Организаторы конференции очень надеются, что эта конференция станет ежегодной, равно как и сборник, именно поэтому настоящий сборник имеет указание на «Выпуск 1».

Однако не только привязка к конференции является уникальной чертой этого сборника. Данная конференция строится на принципах объективного отбора докладов за их новизну и глубину проработки вопросов. Собранные в данном сборнике работы были выбраны по этим критериям и потому представляют собой новое слово в развитии науки международного арбитража в России.

Так случилось, что первая конференция «Russian Arbitration Day» совпала с 20-летней годовщиной со времени принятия Закона РФ от 7 июня 1993 г. № 5338–1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА). К этому рубежу Россия подошла с масштабными планами по реформированию законодательства о международном коммерческом арбитраже. За последние годы было создано семь рабочих групп, которые в той или иной мере хотят изменить отечественное законодательство в этой сфере.

Насколько такие изменения необходимы и в какой мере они должны быть сделаны? С одной стороны, любое изменение законодательства дает возможность проанализировать и обдумать практику применения закона, понять, в какой мере закон не справляется с задачей регулирования общественных отношений, и улучшить его. С другой стороны, необходимо учитывать, что Закон о МКА основывается на Типовом законе ЮНСИТРАЛ,

который был имплементирован в законодательства многих стран мира и там успешно применяется. Возможно, проблема не в содержании Закона о МКА, а в чем-то другом? Вызваны ли потребности его совершенствования повышением значения международного арбитража как способа разрешения споров в современный период?

В этой связи редакторы сборника посчитали необходимым включить в книгу статью уже ушедшего от нас В.С. Позднякова, одного из авторов ныне действующего Закона.

Сборник охватывает достаточно широкий круг вопросов. В нем собраны работы в области законодательных изменений как в России, так и во Франции. Несколько работ посвящены инвестиционному арбитражу, опять же, с точки зрения законодательных изменений. Далее, в него вошло большое количество статей по вопросам процесса, в частности, рассматриваются вопросы действия арбитражных регламентов во времени, доказывания, отмены арбитражных решений, антиисковых обеспечительных мер. Наконец, последний раздел посвящен вопросам применимого права, где рассматриваются вопросы права, применимого к арбитрабельности, и принцип *jura novit curia*.

Редакторы надеются, что данная книга окажется полезной для всех практикующих арбитражных юристов, ученых, аспирантов, а также всех тех, кто интересуется проблемами международного арбитража.

В завершение хотелось бы высказать слова благодарности спонсорам конференции — фирмам «Berwin Leighton Paisner LLP» (www.blplaw.com), «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры» (www.mzs.ru) и коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и Партнеры» (www.rospravo.ru), благодаря финансовой поддержке которых

эта конференция состоялась. Также немалый вклад внесли партнеры конференции, прежде всего — Торгово-промышленная палата РФ. Информационными спонсорами конференции стали: журнал «Вестник международного коммерческого арбитража», журнал «Третейский суд», ICC Russia, АНО «Перикл». Спонсором ужина докладчиков выступила фирма «Baker & McKenzie».

А. В. Асосков,

доктор юридических наук, доцент кафедры
гражданского права юридического факультета
МГУ им. М. В. Ломоносова,
профессор Российской школы частного права, арбитр МКАС

Н. Г. Вилкова,

доктор юридических наук, профессор Всероссийской академии
внешней торговли, арбитр МКАС

Р. М. Ходыкин,

кандидат юридических наук,
партнер лондонского офиса фирмы Berwin Leighton Paisner

Содержание

Предисловие от редакторов	III
Партнеры и спонсоры	VI
Информация об авторах и редакторах	XII

Раздел 1

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖА И ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ РЕФОРМЫ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

Поздняков В.С.

Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации: закон, регламент, комментарии	3
--	---

Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г.

Правовые проблемы порядка разрешения инвестиционных споров и развитие российского законодательства об альтернативных механизмах разрешения споров	53
--	----

Frédéric Bélot

The New French Law on Arbitration	92
---	----

Tilman Dralle

A Future Bilateral Investment Treaty Between Russia and the European Union – How will Investors Fare?	104
--	-----

Караманова Ж.

Конфиденциально ли конфиденциальное? Актуальные вопросы конфиденциальности в арбитраже	110
---	-----

Раздел 2

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Зыков Р.О.

Отмена арбитражного решения в государстве, которое не являлось местом арбитража	123
--	-----

Ягельницкий А.А., Петроль О.Д.
Действие арбитражных регламентов во времени. 139

Рубина Е.А.
Привилегии в области доказательств в международном
арбитраже с участием российских компаний 172

Шемелин Д.А.
Изменение стандарта доказывания
в международном арбитраже. 190

Ядыкин А.И.
Институт «антиисковых обеспечительных мер»
(anti-suit injunctions) и возможность его применения
российскими судами в связи с осуществлением
третейского разбирательства. 220

Раздел 3
ВОПРОСЫ ПРИМЕНИМОГО ПРАВА
В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Панов А.А.
Принцип «*jura novit curia*»
в международном коммерческом арбитраже. 270

Чупрунов И.С.
Арбитрабельность: применимое право
и влияние со стороны сверхимперативных норм 297

Д.А. Шемелин,

старший юрист фирмы «Грищенко и партнеры», Киев

ИЗМЕНЕНИЕ СТАНДАРТА ДОКАЗЫВАНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ

Введение

Принцип *actori incumbit probatio* («каждый доказывает то, что он утверждает» — лат.) общепризнан и применим как в государственных, так и в международных юрисдикционных органах¹. Однако не редки ситуации, когда сторона арбитражного разбирательства злоупотребляет своим доступом к определенным доказательствам (к примеру, уклоняется от выдачи документов, не имея на то законных оснований), что не позволяет другой стороне доказать свои утверждения с необходимой степенью убедительности.

В этой работе обосновывается применимость сравнительно редко используемого решения этой проблемы — состав арбитража может использовать менее строгий стандарт доказывания для стороны, пострадавшей от недобросовестности оппонента. Как будет показано, в определенных обстоятельствах такое решение может быть предпочтительно перед традиционными средствами, такими как «неблагоприятные выводы» («*adverse inferences*»).

¹ *Rosenne S., Ronen Y.* The Law and Practice of the International Court, 1920–2005. 4th ed. Martinus Nijhoff, 2006. Pp. 1040–1042; *Cheng B.* General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. Stevens and Sons, 1953. P. 327.

1. Понятие стандарта доказывания

Термин «стандарт доказывания» (*standard of proof*) имеет несколько значений. В узком смысле — это степень убедительности доказательств, при достижении которой бремя доказывания выполнено «утверждающей» стороной (т.е. утверждение считается доказанным)². Стандарт доказывания достаточно редко обсуждался в практике и доктрине континентальных систем права, в том числе права советского и российского. Распространено мнение, что стандарт доказывания советскому и современному российскому праву вообще неизвестен³, так как процессуальные кодексы республик СССР, так же, как и большинство современных процессуальных кодексов постсоветских государств, устанавливают, что доказательства оцениваются судом по его внутреннему убеждению⁴.

Тем не менее ряд российских процессуалистов исследовали вопрос стандарта доказывания, иногда используя для этого института термин «критерий доказанности»⁵.

² *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012. P. 766.

³ *Веденеев Е. Ю.* Доказывание в арбитражном процессе Российской Федерации: проблемы теории и практики // На примере доказывания в спорах по имущественному страхованию. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 11. *Вершинин А. П., Кривоносова Л. А., Митина М. А.* и др. Гражданский процесс: Учебник / Под ред. *В. А. Мусина* и др. М.: Проспект, 2000. С. 453. *Новицкий В. А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения // Электронный каталог библиотеки юридического факультета СПбГУ, 2002: <http://goo.gl/Wa7S6>.

⁴ *Решетникова И. В.* Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 1997. С. 32; *Резник Г. М.* Стандарты доказанности и межотраслевая преюдиция // Доклады и сообщения на конференции «Уголовная юстиция: связь времен», 6–9 октября 2010 г., Санкт-Петербург. (<http://www.iaaj.net/node/625>); См. также: ст. 14 (1) ГПК РСФСР 1964 г., ст. 20 (1) УПК РСФСР 1960 г., ст. 68 (1) Правил рассмотрения споров государственными арбитражами (Постановление Совета Министров СССР от 05.06.1980 г. № 440) и др.

⁵ См.: исследования *Н. Г. Елисеева*, *И. В. Решетниковой*, *Г. М. Резника*, упомянутые в этой работе; см. также: *Калиновский К. Б.* Бремя доказывания в уголовном

В странах общего права, по разным причинам, эта тема разработана более подробно, в том числе сформулирован ряд стандартов доказывания, таких как:

- *prima facie* – утверждение доказано, если оно правдоподобно в свете существующих доказательств при допущении, что в последующем они не будут опровергнуты;
- *preponderance of evidence* или *balance of probabilities* – после взвешивания всех доказательств за и против вероятность истинности утверждения больше, чем вероятность его ложности. Это основной стандарт в гражданских делах;
- *clear and convincing evidence* – вероятность истинности утверждения в свете всех фактов дела значительно больше, чем вероятность его ложности;
- *beyond reasonable doubt* – не должно остаться никаких разумных сомнений в истинности утверждения. Это основной стандарт в уголовных делах, считается наивысшим из существующих.

В международном арбитраже, в подавляющем большинстве случаев, состав арбитража не связан каким-либо формальным стандартом доказывания и оценивает доказательства по собственному убеждению. На практике, арбитры в международном арбитраже крайне редко явным образом формулируют

процессе: взаимосвязь стандарта доказанности с презумпциями и правовое взаимодействие участников правоотношений // Правовые состояния и взаимодействия: историко-теоретический, отраслевой и межотраслевой анализ // Материалы VII Международной научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 1–2 декабря 2006 г. / Под общ. ред. *Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник*: в 2 ч. Ч. 1. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2006. С. 245–249 (<http://kalinovsky-k.narod.ru/p/2006-3.htm>).

стандарт доказывания, в соответствии с которым они оценивают доказательства⁶.

2. Суть предлагаемого решения

Арбитраж, в отличие от государственного суда, как правило, имеет мало эффективных мер принуждения в отношении стороны (и не имеет никаких полномочий в отношении третьих лиц)⁷. Принудительно исполнимое решение о выдаче документов в поддержку арбитражного производства выдает только суд⁸.

Однако, насколько состав арбитража процессуально слаб в течение рассмотрения дела, настолько же он силен при вынесении окончательного решения. Обычно решение арбитража относительно фактов является окончательным и не обжалуется: во-первых, так как суд в большинстве юрисдикций не имеет права пересматривать решения арбитража по сути, во-вторых, так как состав арбитража имеет полномочия решать вопросы допустимости и значимости доказательств⁹, и, в-третьих, так

⁶ Kazazi M. *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals*. Martinus Nijhoff, 1996. P. 325.

⁷ Kazazi M., Op. cit. P. 308. Борн (Born) прямо утверждает, что «практически во всех юрисдикциях, арбитры лишены права налагать принуждающие санкции..., подобные тем, которые могут применяться национальным судом в национальном судопроизводстве» (Born G. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009. P. 1917).

⁸ Gaillard E., Savage J. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, para. 1336 et seq.; Born G. Op. cit. P. 1917.

⁹ См., к примеру, ст. 19 (2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже: «полномочия, предоставленные арбитражному суду, включают полномочия на определение допустимости, относимости, существенности и значимости любого доказательства» и соответствующее положение ст. 27 (4) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 г.: «допустимость, относимость, существенность и значимость представленных доказательств определяются самим арбитражным судом». См. также некоторые арбитражные законы, не основанные на Типовом законе: английский Закон об арбитраже (ст. 34 (1), 34 (2)), французский Гражданский

как правила доказывания в арбитраже (в том числе стандарт доказывания) в подавляющем большинстве случаев не закреплены нормативно, а устанавливаются арбитрами в каждом конкретном случае¹⁰. В деле *Petroleum Separating Co.* апелляционный суд США когда-то указывал, что «*арбитры приняли во внимание доказательства, основанные на слухах [hearsay evidence], и имели на это право. Если стороны хотят возражать против таких доказательств на формальных основаниях, им не стоит включать арбитражные оговорки в свои контракты*»¹¹.

Таким образом, арбитры могут наиболее эффективно воздействовать на сторону, которая злоупотребляет доступом к доказательствам, именно во время вынесения окончательного решения, когда они обладают наибольшими полномочиями.

Арбитражная и судебная практика предлагает целый ряд способов подобного воздействия. Сюда относятся и «неблагоприятные выводы» («*adverse inferences*») в отношении недобросовестной стороны¹², и доказательственная презумпция (признание факта доказанным), и перенесение бремени доказывания, и др.

процессуальный кодекс (ст. 1467), немецкий Гражданский процессуальный кодекс (ст. 1042 (4)), и др. Аналогичные положения содержатся и в наиболее популярных арбитражных регламентах: см.: ст. 20 (6) Регламента ICDR, ст. 26 (1) Регламента Арбитражного института при Торговой палате Стокгольма (SCC), ст. 20 (2) Регламента Лондонского международного третейского суда (LCIA), и др., а также в ст. 9 (1) IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

¹⁰ *Brown C.* A Common Law of International Adjudication. Oxford University Press, 2007. P. 97; *Pietrowski R.* Evidence in International Arbitration. Arbitration International, vol. 22, No. 3. P. 379: «*международные арбитражные конвенции, национальные законы в сфере арбитража, compromi, арбитражные регламенты и даже решения арбитражных трибуналов практически одинаково ничего не сообщают о стандарте доказывания [в арбитраже]*».

¹¹ *Petroleum Separating Co. v. Interamerican Refining Corp.*, 296 F.2d 124 (2d Cir. 1961).

¹² Рекомендация, в частности, ст. 9 (4) и 9 (5) IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

В этой работе предлагается еще одно решение для этой ситуации – состав арбитража может применять к стороне, которая находится в неблагоприятном положении, менее строгий, чем обычно, стандарт доказывания, нейтрализующий недобросовестное поведение ее оппонента.

Очевидно, что вопросы доказывания возникают практически в каждом арбитражном производстве, а потому проблемы доказывания всегда актуальны и практически важны. Одновременно, предложенное решение позволяет снизить риск нарушения надлежащего разбирательства (*fair trial*). По-видимому, именно опасение нарушить процессуальные права стороны приводит к тому, что арбитры неохотно пользуются возможностью влиять на недобросовестную сторону даже таким общепринятым путем, как неблагоприятные выводы¹³.

3. Существующие методы решения проблемы

Рассмотрим вначале варианты, которые практика уже предлагает для использования трибуналами в случае недобросовестного отказа стороны в выдаче документов:

- «неблагоприятные выводы» («*adverse inferences*»), в том числе принятие факта доказанным (доказательственная презумпция);
- «перенос» («*shifting*») бремени доказывания;
- автоматическое использование баланса вероятностей (*balance of probabilities*).

¹³ Born G. Op. cit. P. 1919.

3.1. «Неблагоприятные выводы»

«Неблагоприятные выводы»¹⁴, которые состав арбитража может сделать из поведения недобросовестной стороны, считаются основной санкцией в ключевых научных работах¹⁵, в практике Международного суда ООН¹⁶ и в инвестиционных арбитражах под эгидой ICSID¹⁷. Также «неблагоприятные выводы» прямо предусмотрены, к примеру, ст. 186 Гражданского процессуального кодекса Женевы и ст. 41 (7) (b) английского Закона об арбитраже 1996 г. (Arbitration Act 1996).

Концепция неблагоприятных выводов привлекательна своей гибкостью и очевидной логичностью, однако для нее характерна следующая проблема.

Неблагоприятный вывод — отнюдь не «царица доказательств», а всего лишь один из элементов доказательственной базы дела, и должен оцениваться в совокупности с другими элементами [A.]. Одновременно, состав арбитража, по сравнению со сторонами, хорошо приспособлен для оценки доказательств, однако находится в неудобном положении для истребования доказательств [B.]. Таким образом, с точки зрения процессуальной экономии может быть более верно позволить стороне воспользоваться существующей доказательной базой (при менее строгом стандарте доказывания), вместо того, чтобы дополнять эту базу новым

¹⁴ В дальнейшем доказательственная презумпция будет рассматриваться как частный случай неблагоприятных выводов — неблагоприятный вывод о том, что спорный факт доказан.

¹⁵ *Blackaby, Partasides, Redfern, Hunter*. Redfern and Hunter on International Arbitration. Kluwer Law International, 2009, para. 5.17; *Poudret J-F., Besson S.* Comparative Law of International Arbitration. Sweet & Maxwell, 2007, para. 650; *Gaillard E., Savage J.* Op. cit., para. 1275.

¹⁶ The Statute of the International Court of Justice: A Commentary. / ed. Zimmermann, Tomuschat, Oellers-Frahm. Oxford University Press, 2006. P. 1106.

¹⁷ *Reed L., Paulsson J., et al.*, Guide to ICSID Arbitration. Kluwer Law International 2010. P. 143.

элементом, предложенным трибуналом в рамках «неблагоприятных выводов» [С.].

А. Практически общепризнанно, что любой неблагоприятный вывод является только элементом доказательной базы и должен оцениваться в совокупности с другими доказательствами, но не может быть единственным основанием состоявшегося решения. В противном случае, показав всего лишь основания для запроса документов, сторона может претендовать на тот же результат, какой бы имел место при полноценном доказывании своего утверждения стороной¹⁸.

Как утверждает ван Хутте (van Houtte), «состав арбитража должен обеспечить соблюдение надлежащего процесса и осторожно использовать свои полномочия по оценке доказательств с тем, чтобы предоставить неблагоприятным выводам то значение, которого они заслуживают в контексте всех остальных — прямых и непрямых — доказательств»¹⁹ и далее «Невозможно, чтобы сторона выиграла дело только на основании неблагоприятного вывода. Решение арбитража должно быть подкреплено доказательствами и аргументами, приведенными выигравшей стороной. Неблагоприятный вывод — только один элемент среди множества других, составляющих массив доказательств, который позволяет трибуналу принять решение»²⁰.

Аналогичное решение принято и в одном из дел ИСС: «выводы, к которым может прийти состав арбитража, даже если они убедительны [strong], сами по себе не создают презумпции: они должны быть взвешены наряду с другими фактическими доказательствами,

¹⁸ International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. Kröll, Mistelis et al. Kluwer Law International, 2011. P. 186.

¹⁹ van Houtte V. Adverse Inferences in International Arbitration // Giovannini T., Mourre A. Written Evidence and Discovery in International Arbitration. Kluwer Law International, 2009. Pp. 195, 197.

²⁰ van Houtte V. Op. cit. P. 206.

на которые трибунал уже ссылался. По мнению состава арбитража, будучи таким образом взвешены, они недостаточны для выполнения бремени доказывания, лежащего на Истцах»²¹.

Как упоминает Н.Г. Елисеев, в немецком процессуальном праве «... объектами свободной оценки являются не только результаты исследования доказательств, но и все содержание судебного разбирательства, в том числе и отказ стороны от дачи показаний или от представления документа...»²².

Нечто противоположное имело место в инвестиционном споре *Feldman v Mexico*, которое касалось налоговых возмещений в связи с экспортом сигарет. Его характерной чертой, отмеченной составом арбитража, были постоянные сложности с установлением фактов дела, так как соответствующие налоговые документы были либо уничтожены за давностью, либо не выдавались от ответчиком из соображений конфиденциальности²³.

Одним из аспектов спора было утверждение истца о его дискриминации, так как Министерство финансов Мексики отказало его предприятию (CEMSA) в налоговом возмещении, хотя в то же время возмещало налоги другим фирмам (Poblano Group), которые имели такой же налоговый статус (торговой компании-экспортера)²⁴.

Материалы дела, однако, не содержали практически никаких доказательств того, что Министерство финансов каким-либо

²¹ Цит. по: International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. Kröll, Mistelis et al... P. 183.

²² Елисеев Н.Г. Доказывание в гражданском процессе Федеративной республики Германии. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1985. С. 151.

²³ *Marvin Feldman v Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF) /99/1, Award dated 16 December 2002, para. 7.

²⁴ *Marvin Feldman v Mexico*, para. 23, 155 et seq.

образом по-разному возмещало налоги CEMSA и Poblano Group²⁵. Была доступна только информация, что некие три торговые компании-экспортера (неизвестно, входила ли в их число Poblano Group) получили возмещение налогов в то же время, когда CEMSA его не получала²⁶. Было вполне возможно, к примеру, что Poblano Group (или другие экспортеры) получала возмещение в одно время, а CEMSA – в другое.

Тем не менее состав арбитража посчитал дискриминацию доказанной. Основным аргументом в его обосновании было как раз нежелание ответчика представлять документы по этому вопросу: *«Если ответчик имел в своем распоряжении доказательства того, что к Poblano Group не относились более благоприятно, чем к CEMSA в отношении возмещения налогов, не было представлено никакого объяснения, почему такие доказательства не были представлены... Таким образом, для большинства арбитров вполне разумно сделать вывод на основании непредставления ответчиком доказательств по вопросу дискриминации»*²⁷.

Как видим, состав арбитража не принял во внимание ни конфиденциальность запрошенных налоговых документов, ни другие возможные объяснения той же совокупности фактов. Как отмечает в своем Особом мнении один из арбитров, состав арбитража не придавал никакого значения тому, к примеру, что владелец Poblano Group был партнером истца в совместном предприятии, однако истец не предпринял никаких шагов, чтобы получить у него хоть какие-нибудь доказательства для своего дела, хотя это было бы легко сделать²⁸.

²⁵ См.: *Marvin Feldman v Mexico*, para. 176, в котором упоминается перечень из трех документов, и их анализ на стр. 8 Особого мнения арбитра Хорхе Браво от 3 декабря 2002.

²⁶ *Marvin Feldman v Mexico*, para. 167–168.

²⁷ *Ibid*, para. 178.

²⁸ Особое мнение арбитра Хорхе Браво от 3 декабря 2002, стр. 9.

Таким образом, только из-за того, что ответчик не представил определенные документы, состав арбитража фактически решил дело в этом аспекте в пользу истца на основании крайне скудной доказательственной базы. Такой подход автор считает неприемлемым.

В. Необходимость оценки доказательств в их совокупности заставляет арбитров делать конкретные неблагоприятные выводы, т.е. самостоятельно дополнять картину фактов, доказанных сторонами. Это вполне может рассматриваться как безосновательный выход за пределы полномочий арбитров, к тому же, еще и заведомо в направлении, благоприятном для истца²⁹.

К примеру, еще в 1923 г., в деле *Status of Eastern Carelia* Постоянная палата международного правосудия отказалась в ситуации недостатка документов самостоятельно устанавливать природу автономии района Восточной Карелии, указав: «*Ответ на этот вопрос означал бы определение того, какие доказательства могли бы пролить свет на утверждения, сделанные в этой связи Финляндией и Россией... В данный момент выглядит крайне сомнительным, чтобы Суд имел в своем распоряжении достаточно материалов для того, чтобы сделать какой-либо судебный вывод в отношении [этого вопроса] ... В обычных обстоятельствах, безусловно, удобно, чтобы факты, в отношении которых требуется заключение Суда, были бесспорными, и Суд не должен был бы устанавливать эти факты [and it should not be left to the Court itself to ascertain what they are]*»³⁰.

С подобной ситуацией, возможно, столкнулся Международный Суд ООН в деле *Corfu Channel*, где Великобритания отказалась

²⁹ International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. Kröll, Mistelis et al... P. 199.

³⁰ *Case of Status of Eastern Carelia*, PCIJ Advisory Opinion dated 23 July 1923, (series B No. 5 (1923), p. 28).

выполнить приказ Суда и выдать секретный приказ адмиралтейства, так называемый «ХСУ». Так как содержание этого документа осталось неизвестным, и никаких обоснованных предположений о нем Суд сделать не смог, он не смог сделать и никаких негативных для Великобритании выводов из этой ситуации³¹, оставив процессуальное нарушение без последствий.

С. По мнению автора, вместо того, чтобы подменять собой сторону в доказательственном процессе (утверждая существование фактов), составу арбитража более адекватно было бы способствовать стороне в доказывании ее позиции, в том числе и путем использования менее строгого стандарта доказывания. Вместо признания стороны заведомо правой, возможно более благоприятно относиться к доказательствам, которые она представит.

При таком подходе с учетом широких полномочий арбитров по оценке доказательств использование менее строгого стандарта несет в себе гораздо меньший риск процессуальных нарушений, чем неблагоприятные выводы, которые справедливо считаются арбитрами достаточно опасными с точки зрения соблюдения надлежащего процесса³².

3.2. Перенос бремени доказывания

Нередко можно встретить аргументацию, что доказывание определенного факта истцом, по крайней мере *prima facie*, приводит к перекладыванию бремени доказывания на ответчика, а потому отказ ответчика в предоставлении документов ведет

³¹ *Corfu Channel Case* (United Kingdom / Albania), ICJ Reports (1949), p. 32. Комментарий см.: eds. Zimmermann, Tomuschat, Oellers-Frahm, 2006, p. 1106.

³² Исследование практики ICC в период 2004–2010 гг. показывает, что арбитражные трибуналы стараются избегать неблагоприятных выводов, возможно, именно из-за опасений нарушения принципов *due process*. (International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. Kröll, Mistelis et al... P. 189).

к удовлетворению иска, так как ответчик не выполняет бремя доказывания.

Переход бремени доказывания после установления факта *prima facie* — характерная черта одного из этапов судопроизводства в странах общего права, который имеет отношение к так называемому «*striking out*», «исключению», однако в арбитраже такая стадия рассмотрения, как правило, места не имеет.

Так, английскими Civil Procedure Rules (в текущей редакции) предусмотрена возможность «исключения» иска или отзыва на иск, который не обоснован, по крайней мере, *prima facie*, после чего судья может принять окончательное решение в деле по ускоренной процедуре («*summary judgment*») ³³. *Summary judgment* в подобных обстоятельствах предусмотрено и Правилом 56 американских Федеральных правил гражданского судопроизводства (Federal Rules of Civil Procedure).

По общему правилу, в судах стран общего права существует бремя предъявления доказательств («*burden of going forward*») и бремя убедительности («*burden of persuasion*») ³⁴. При подаче иска на первой стадии истец должен выполнить бремя предъявления доказательств (обычно *prima facie*), иначе судья может отказаться рассматривать дело далее как заведомо безнадежное. Если истец выполняет свое бремя, оно переходит на ответчика, который в свою очередь должен представить достаточно убедительную защиту. Если ответчик этого не делает, он проигрывает дело в ускоренном порядке. Такая стадия судопроизводства

³³ Civil Procedure Rules, Rules 3.4, 24.2, 24.3.

³⁴ См., к примеру, классическую работу более чем 100-летней давности: *Abbott A. Two Burdens of Proof. 6:3 Harvard Law Review (1892). Pp. 125–137*; или более новую: *Fleming Jr. J. Burdens of Proof. 47 Virginia Law Review (1961). P. 51*. На русском языке см.: *Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США... С. 105–107*.

существовала в течение чрезвычайно длительного времени³⁵ и, безусловно, наложила отпечаток на правосознание арбитров.

После того как дело передано на полноценное рассмотрение, истец несет «бремя убедительности» (именно на это бремя ссылаются как на *balance of probabilities, beyond reasonable doubt* и т.п.). Именно бремя убедительности и ассоциируется с «бременем доказывания» в арбитраже, однако оно не передается даже в общем праве, где также существует принцип *onus probandi actori incumbit*. Как указывает Флеминг (Fleming), «В соответствии с ортодоксальным подходом, происходящим еще от Тайера³⁶, бремя убедительности не переходит со своего исходного положения. Это означает, что бремя убедительности не сопровождает бремя предъявления доказательств, которое может менять сторону, хотя, как правило, бремя убедительности находится на той же стороне, что и бремя предъявления доказательств в начале процесса»³⁷.

Как разъяснил Верховный суд Канады в деле *Snell v Farrell* в применении к ситуации, когда сторона отказывается предоставлять документы: «Не совсем верно говорить о переходе бремени [доказывания] на ответчика в случае, когда речь идет о том, что доказательства, поданные истцом, приводят к неблагоприятным выводам в отношении ответчика. Такие выводы — результат оценки доказательств. Ответчик несет риск неблагоприятных выводов в случае непредоставления доказательств... однако это не бремя доказывания в чистом виде, и использование такой дополнительной терминологии для описания обычного этапа процесса изучения фактов дела безосновательно»³⁸.

³⁵ Abbott A. Two Burdens of Proof // 6:3 Harvard Law Review, (1892). P. 128.

³⁶ Подразумевается известная работа *Thayer J.B. The Burden of Proof* // 4:2 Harvard Law Review 45 (1890).

³⁷ *Fleming Jr. J. Burdens of Proof* // 47 Virginia Law Review (1961). P. 62.

³⁸ Supreme Court of Canada, *Snell v Farrell* [1990] 2 S.C.R. 311.

Таким образом, в судах стран общего права существует особая стадия рассмотрения, иногда называемая «*passing the judge*», где бремя доказывания (предъявления доказательств) действительно переходит на ответчика. Тем не менее такая стадия в подавляющем большинстве случаев отсутствует в международном арбитраже³⁹.

В свою очередь, континентальное право под бременем доказывания понимает обязательство каждой из сторон убедить суд в истинности своей позиции в отношении фактов (т.е. здесь отсутствуют основания для разделения бремени доказывания на два, как выше). При этом, как правило, стандарт доказывания должен быть выполнен независимо от аргументации другой стороны (кроме случаев согласия с аргументами оппонента).

Бремя доказывания в континентальном праве также не переходит на другую сторону, так как в любом случае суд рассматривает все доказательства в их совокупности и не вынесет решения, если аргументация истца не убедительна сама по себе. К примеру, Федеральный суд Швейцарии⁴⁰ постановил: «*Обязательство оппонента сотрудничать в представлении доказательств, даже если оно происходит из общего принципа добросовестности (ст. 2 Гражданского кодекса), имеет процессуальную природу и поэтому ... не касается бремени доказывания и не приводит к его переходу. Судья выносит решение по результатам сотрудничества с оппонентом (или делает выводы из отказа в сотрудничестве касательно*

³⁹ *Waincymer J.* Op. cit. P. 771. *Grando M. T.* Evidence, Proof and Fact-Finding in WTO Dispute Settlement. Oxford University Press, 2009. P. 82. *Kazazi M.* Op. cit. P. 235. Тем не менее иногда международные органы отказывались рассматривать дела, в которых истец не мог доказать свои утверждения с самого начала хотя бы *prima facie* (см.: *Kazazi M.* Op. cit. P. 326 *et seq.*). Также по определенным арбитражным правилам существуют отдельные варианты ускоренного отказа от рассмотрения заведомо безосновательного иска (см., к примеру, ст. 41 (5) ICSID Arbitration Rules).

⁴⁰ Tribunal Fédéral Suisse, высший суд государства.

представления доказательств) исключительно в рамках оценки доказательств»⁴¹.

Именно подход континентального права к бремени доказывания был принят практикой международных арбитражей⁴². Показательно в этом смысле замечание в инвестиционном деле *Oostergetel*: «Состав арбитража будет применять общий принцип *actori incumbit probatio* и считать, что для того, чтобы выиграть дело, истцы должны представить доказательства фактов, на которых они основывают свои утверждения. Международный арбитраж – не инквизиционная система, где состав арбитража собирает доказательства для обвиняющей стороны, и не система, где достаточно представить *prima facie* доказательства своей позиции и полагаться на то, что ответчик будет их опровергать»⁴³.

Как указывает Вансаймер (Waincymer) в отношении коммерческого арбитража, «Бремя доказывания никогда не переходит [со стороны на сторону], хотя чем больше доказательств в свою пользу представит сторона, на которой лежит это бремя, тем больше другой стороне придется приложить усилий, чтобы ее опровергнуть»⁴⁴.

Таким образом, в международной арбитражной практике нет оснований для перехода бремени доказывания на другую сторону,

⁴¹ *H. v G.*, решение Федерального суда Швейцарии от 22 июня 1989 г., опубликовано JdT 1991 II 190, см. также *I. v H.*, решение Федерального суда Швейцарии от 17 августа 1993 г., опубликовано ATF 119 II 305, доступно в базе Федерального суда <http://goo.gl/PB1Jp>.

⁴² International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. Kröll, Mistelis et al... P. 181. *Grando M. T.* Op. cit. P. 80. *Kazazi M.* Op. cit. P. 338; *Mosk R. M.* Fact-determination methodologies // The role of facts in international dispute resolution. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 304. Martinus Nijhoff Publishers, 2003. P. 131.

⁴³ *Jan Oostergetel v Slovakia*, UNCITRAL, Final Award dated 23 April 2012, para. 148.

⁴⁴ *Waincymer J.* Op. cit. P. 763.

а потому решение проблемы непредставления документов через концепцию перехода бремени доказывания после установления факта *prima facie* неправомерно.

3.3. Применение баланса вероятностей (*balance of probabilities*)

Также нередко можно встретить аргумент, что отказ ответчика в предоставлении доказательств должен вести к удовлетворению иска, так как если состав арбитража применяет стандарт *balance of probabilities* (а стандарт подобного уровня действительно можно считать основным в коммерческом арбитраже), то при отсутствии реакции ответчика даже аргументации *prima facie* достаточно, чтобы склонить «баланс» в пользу истца.

Тем не менее такое механическое применение стандарта *balance of probabilities* не находит поддержки ни в практике международных арбитражей, ни даже в судах стран общего права, которые и являются прародителями этого стандарта доказывания.

Так, практика английских судов подтверждает, что, даже применяя стандарт баланса вероятностей, судья не может вынести решение лишь на том основании, что версия истца более вероятна, чем версия ответчика, или что версия ответчика вообще отсутствует. Необходимо, чтобы судья был сам уверен в истинности версии, которая ляжет в основание решения, в противном случае он должен признать, что истец не выполнил бремени доказывания.

Так, к примеру, в известном деле *Rhesa Shipping Co SA v Edmunds*⁴⁵ ключевым вопросом было установление причины аварии судна в Средиземном море, притом что никаких доказательств этих

⁴⁵ *Rhesa Shipping Co v Edmunds* [1985] 1 WLR 948.

причин обе стороны представить не смогли (судно пропало без вести). Истец утверждал, что причиной было столкновение с неизвестной подводной лодкой, которая незаметно скрылась с места происшествия. Ответчик заявлял, что корпус судна разломился самопроизвольно вследствие износа. Эксперт, назначенный судом, показал, что самопроизвольный разлом корпуса невозможен. В результате суд первой инстанции решил, что, так как крайне маловероятное столкновение с подводной лодкой все же более вероятно, чем невозможный разлом корпуса, следует признать столкновение доказанным. Палата Лордов отменила это решение в кассационном порядке, указав, что если судья считал оба эти факта маловероятными и не был убежден в их истинности, он мог отказать в иске на основании того, что истец не разрешил бремя доказывания (в этом случае – бремя убедительности).

Другой пример – дело *Fosse Motor Engineers*, где суд рассматривал пять вероятных причин пожара. Если бы суд применял баланс вероятностей механически, он должен был бы, очевидно, признать доказанной наиболее вероятную версию. Тем не менее суд указал: *«Неприемлемо, по меньшей мере в подобных делах, определять, что существует, положим, пять различных причин, ранжировать их в процентах вероятности и избрать причину, имеющую наибольший процент, как реальную причину [происшествия]. Единственная ситуация, в которой такое могло бы быть допустимо, это если бы наиболее вероятная причина была бы одновременно той, в отношении которой судья был бы удовлетворен, на основании всех доказательств, что именно она является вероятной причиной рассматриваемого инцидента или убытка»*⁴⁶.

В случае международного юрисдикционного органа, как указывается в известной работе Ченга (Cheng), *«целью международного*

⁴⁶ *Fosse Motor Engineers v Conde Nast* [2008] EWHC 2037 (TCC).

трибунала следует считать достижение морального убеждения [moral conviction] в истинности и действительности всех значимых фактов дела, на которых будет основано решение»⁴⁷. Соответственно, «... сторона, на которую возложено бремя доказывания, должна не только привести доказательства в поддержку своих утверждений, но и должна убедить трибунал в их истинности, в противном случае они будут проигнорированы из-за недоказанности или недостаточной доказанности [for want, or insufficiency of proof]»⁴⁸.

К примеру, в деле *William A. Parker* (1923 г.) *Mexican-US General Claims Commission* утверждала, что: «Комиссия отклоняет утверждение, что доказательства, представленные истцом и не опровергнутые ответчиком, должны однозначно считаться решающими [conclusive]»⁴⁹.

В деле *Kling* та же Комиссия указала, что: «сам по себе факт, что доказательства, представленные правительством Ответчика, крайне скудны, не может служить основанием решения в отсутствие удовлетворительных доказательств со стороны истца»⁵⁰.

Iran-US Claims Tribunal также отказался от такого подхода, даже несмотря на благоприятную позицию американских судей⁵¹.

В инвестиционном деле *Pac Rim v El Salvador* трибунал также акцентировал, «не подлежит сомнению, что сторона, которая

⁴⁷ *Cheng B.* Op. cit. P. 302. Это же утверждение, со ссылкой на Ченга, подтвердил инвестиционный трибунал в *AAPL v Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award dated 27 June 1990, para. 56.

⁴⁸ Там же, p. 329.

⁴⁹ *William A Parker v Mexico*, Award of 31 March 1926, Reports of International Arbitral Awards, vol. IV, pp. 35–41, para. 6.

⁵⁰ *Kling v Mexico*, Award of 8 October 1930, 4 Reports of International Arbitral Awards 575–586 at 581.

⁵¹ *Caron, Caplan, Pelonpaa.* The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary. Oxford University Press, 2006, 570.

*утверждает нечто позитивное, обычно должна доказать это к удовлетворению состава арбитража»⁵². В свою очередь, в деле *Plata v Bulgaria* арбитры, анализируя обстоятельства беспорядков на заводе, принадлежавшем истцу, установили, что из-за противоречивости доказательств они не могут прийти ни к какому ясному выводу по поводу этого вопроса, а поэтому, с учетом того, что бремя доказывания лежит на истце, состав арбитража не может принять решение в его пользу⁵³.*

Иными словами, баланс вероятностей устанавливается не между версиями сторон, а между истинностью и ложностью версии истца, с учетом позиции ответчика: правильным будет подход «более вероятно, чем нет, что версия истца истинна», а не «версия истца более вероятна, чем версия ответчика». В случае, если истец не смог доказать, что истинность его версии вероятна, то даже если ответчик не представил никаких опровержений, иск не может быть удовлетворен, так как истец не выполнил бремени доказывания.



[Перейти на сайт →](#)