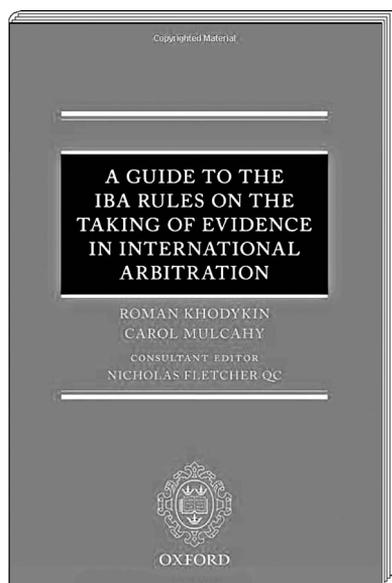


Рецензия на книгу Р. Ходькина и К. Мулкахи «Комментарий к Правилам Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже»



Khodykin R., Mulcahy C. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* / R. Khodykin, C. Mulcahy; Ed. by N. Fletcher. Oxford University Press, 2019. 624 p. ISBN 978-0198818342

В. Н. АНУРОВ, LL. M. (Dundee, Scotland), кандидат юридических наук;
vasily.anurov@googlemail.com



В настоящее время достаточно пристальное внимание уделяется вопросам доказывания в ходе проведения арбитражного разбирательства. Все чаще и чаще в российской юридической литературе появляются интересные работы, раскрывающие особенности представления и оценки доказательств в арбитраже. И если западный читатель избалован многочисленными исследованиями по этой проблематике, то в России отдельные аспекты Правил Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже (далее — Правила МАЮ) были освещены лишь в нескольких публикациях. Среди них можно выделить статьи О. Н. Зименковой¹, М. Ю. Савранского², диссертацию А. В. Гребельского³, отмеченную на ежегодной конференции «Российский арбитражный день» в 2019 г. как лучшую научную

работу по арбитражу, и написанную им же главу в учебнике «Международный коммерческий арбитраж» под редакцией О. Ю. Скворцова, М. Ю. Савранского и Г. В. Севастьянова, посвященном памяти проф. В. А. Муси-

¹ Зименкова О. Н. Доказательства в практике МКАС при ТПП РФ // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 80-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А. А. Костина. М., 2012. С. 122–137.

² Савранский М. Ю. Новое в представлении доказательств в международном арбитраже // Третейский суд. 2013. № 1. С. 128–132.

³ Гребельский А. В. Доказательства в международном коммерческом арбитраже: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017.

на⁴. Также относительно недавно (в 2018 г.) были изданы Пражские правила эффективной организации процесса в международном арбитраже, в которые вошли такие статьи, касающиеся доказательств, как ст. 3 «Установление фактов», ст. 4 «Документальные доказательства», ст. 5 «Свидетели по вопросам факта», ст. 6 «Эксперты», ст. 10 «Вывод, противоположный позиции стороны». Появление Пражских правил среди источников «мягкого» права, несомненно, способствует повышению авторитета российской школы на международном уровне, так как в состав Рабочей группы вошли российские специалисты в области арбитража: А. А. Панов, В. В. Хвалей, Р. О. Зыков и др.

В отличие от судебного процесса в арбитраже спорящие стороны и арбитры меньше испытывают бремя императивного регулирования и могут позволить себе проявить творчество при формировании подходов, определяющих порядок представления доказательств и их оценку. Одним из результатов такого творчества, уже в масштабе международного арбитражного сообщества, стали Правила МАЮ. В этой связи книга Р. Ходькина и К. Мулкахи «Комментарий к Правилам Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже», опубликованная в издательстве Оксфордского университета в 2019 г., актуальна с научной и практической точек зрения.

Сделанные авторами комментарии к Правилам МАЮ охватывают такую широкую область правоотношений, возникающих в процессе представления доказательств и их оценки в рамках арбитражного разбирательства, что не позволяют отразить в настоящей рецензии все интересные мысли и полезные советы, которыми изобилует рецензируемая книга. К достижению этой цели наиболее близко, насколько это возможно, подошел А. В. Гребельский, несмотря на то, что свою рецензию он охарактеризовал как «краткий синопсис»⁵. Не ставя перед собой амбициозные и, откровенно говоря, невыполнимые задачи, остановимся только на двух разделах, помещенных в начало и конец книги: месте Правил МАЮ в иерархии правовых источников и правиле о неблагоприятном выводе. Со всеми другими разделами читатели могут ознакомиться сами, обогатив свои знания любопытными выводами авторов, умело подобранными примерами из арбитражной практики и высказываниями известных ученых-правоведов.

Место Правил МАЮ в иерархии правовых источников

В комментариях к любому нормативному акту нельзя не затронуть его соотношение с другими правовыми источниками. Без освещения этого вопроса остается неопределенность: как применять комментируемые правовые нормы, особенно когда они вступают в противоречие с другими нормами, регулирующими те же самые правоотношения. Не является исключением и рецензируемая книга. Авторы начинают свое исследование с того, что

⁴ Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Науч. ред.: О. Ю. Скворцов, М. Ю. Савранский, Г. В. Севастьянов; Отв. ред. Т. А. Лунаева. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.; М., 2018. С. 664–685 (автор главы — А. В. Гребельский). (Библиотека журнала «Третейский суд». Вып. 9).

⁵ Гребельский А. В. Орудие в руках профессионала: рецензия на книгу Романа Ходькина и Кэррол Мулкахи «Комментарий к Правилам Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже» // Коммерческий арбитраж. 2020. № 1. С. 333.

определяют место Правил МАЮ в иерархии правовых источников. Прежде всего они приводят интересные статистические данные, демонстрирующие частоту обращения арбитров к этим правилам, момент достижения между спорящими сторонами договоренности об их применении. Особое внимание уделяется отношению арбитражных трибуналов к юридической обязательности Правил МАЮ. Как указывают авторы, большинство арбитров предпочитают рассматривать их только как руководство, а не юридически обязывающий нормативный акт. Другим немаловажным фактором, содержащимся в ст. 1.1 Правил МАЮ, является принцип автономии воли сторон. Он представляет собой главную предпосылку для применения данных Правил, впрочем, как и для всех источников «мягкого» права. Однако следует отметить, что принцип автономии воли сторон распространяется как на стороны арбитражного соглашения, так и на арбитражный трибунал, который может принять решение о применении Правил МАЮ по своему усмотрению. Если стороны не достигают согласия, Правила МАЮ, по мнению авторов, могут быть использованы арбитрами как руководство, не имеющее обязывающий характер (Par. 4.17. P. 52).

Помимо принципа автономии воли сторон ст. 1.1 Правил МАЮ предусматривает правило, устанавливающее соотношение между ними и императивными нормами. Закрепление приоритета за последними соответствует логике правового регулирования и направлено на устранение негативных последствий, когда противоречащие друг другу нормы парализуют или значительно усложняют правоприменительную деятельность любого форума. В признании за императивными нормами преимущественной силы авторы видят и позитивный эффект для Правил МАЮ — сохранение их целостности «без оскорбления соответствующей системы права, содержащей императивное положение» (Par. 4.22. P. 53). Что же касается поиска императивных норм, подлежащих применению арбитражным трибуналом в каждом конкретном деле, то здесь нельзя обойтись без принципов международного частного права, помогающих локализовать спорное правоотношение, найти его «оседлость». Такой оседлостью для правоотношений, возникающих между участниками арбитражного разбирательства по поводу представления и оценки доказательств, обычно выступает место арбитража. Эта коллизионная привязка закреплена в международно-правовых нормах, регулирующих проведение международного коммерческого арбитража, в частности в Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.⁶ В отношении международного инвестиционного арбитража авторы подчеркивают самостоятельный характер Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств 1965 г.⁷, отмечая, что в отличие от международного коммерческого арбитража локализация правоотношений не имеет такого принципиального значения. Арбитражное разбирательство и другие процедуры, проводимые под эгидой Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в рамках

⁶ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/new-york-convention-r.pdf> (дата посещения — 23.03.2021).

⁷ <https://docs.cntd.ru/document/1902243> (дата посещения — 23.03.2021).

применения Вашингтонской конвенции 1965 г., отделены от национальных правовых систем. Однако если абстрагироваться от уникального режима, предусмотренного для проведения арбитражного разбирательства в МЦУ-ИС, место арбитража будет считаться наиболее распространенным способом для установления правовых источников, которые могут содержать императивные нормы. В поддержку этого тезиса авторы приводят известное высказывание ученых-правоведов Рэдферна и Хантера: «...как только место арбитража определено, оно привносит свое собственное право. Если это право содержит положения, которые имеют императивный характер, в той степени, в которой это касается арбитража, эти положения должны соблюдаться» (Par. 4.28. P. 55).

Не менее интересными представляются комментарии авторов к ст. 1.3 Правил МАЮ, предлагающей способы разрешения конфликта между Правилами МАЮ и Общими правилами, под которыми понимаются регламенты арбитражных институтов, правила проведения арбитража *ad hoc* и др. Для раскрытия термина «Общие правила» авторы делают ссылку на арбитражные регламенты таких известных арбитражных институтов, как ICC, LCIA, SIAC; в части арбитража *ad hoc* авторы ссылаются на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ⁸. В качестве общего принципа ст. 1.3 Правил МАЮ предписывает арбитражному трибуналу выбрать такой способ применения Правил МАЮ, который бы наилучшим образом способствовал достижению цели Общих правил и Правил МАЮ.

Поскольку ст. 1.3 Правил МАЮ содержит диспозитивную формулу «если стороны не договорились об ином», принцип автономии воли сторон здесь также играет решающую роль. Общее представление сторон о том, как должен быть решен конфликт между Общими правилами и Правилами МАЮ, будет пользоваться преимущественной силой независимо от того, какую позицию занимает арбитражный трибунал. Если стороны не достигли общего согласия, то задача арбитров будет состоять в определении общей цели, заложенной как в Общих правилах, так и в Правилах МАЮ. Поставленная задача, по мнению авторов, достигается путем установления целей каждого свода правил и степени их соответствия или несоответствия друг другу. Цели Правил МАЮ закреплены в Преамбуле и достигаются путем совершения следующих действий: обеспечить эффективный, экономичный и справедливый процесс по представлению доказательств, который бы оправдал ожидания сторон, принадлежащих разным правовым культурам, насколько это возможно; дополнить другие применимые правила арбитража без нарушения гибкости арбитражного процесса, представить доказательства, основанные на добросовестности каждой из сторон, и предоставить им возможность заранее знать о рассмотрении доказательств, на которые другая сторона полагается при обосновании своей позиции по спору. Цели Общих правил обычно совпадают с целями Правил МАЮ и сводятся к проведению справедливого и эффективного процесса; предоставлению каждой из сторон разумной возможности выразить свою позицию по делу, избегая ненужных расходов; обеспечению исполнимости арбитражного решения.

⁸ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/uncitral-arbitration-rules-2013-r.pdf> (дата посещения — 23.03.2021).

Правило о неблагоприятном выводе

В основе правила о *неблагоприятном выводе* (adverse inference) (или, как его еще называют, негативном выводе) лежит логическое предположение о том, что удерживаемая информация носит неблагоприятный характер для стороны, которая контролирует эту информацию. Ее удержание также свидетельствует о вероятной заинтересованности арбитражного трибунала в оценке сведений и доказательств, которые располагающая ими сторона пытается скрыть от арбитров (Par. 12.55. P. 424). Авторы справедливо подчеркивают, что в отличие от государственного суда, обладающего большими возможностями по приданию своему решению об истребовании необходимого доказательства принудительной силы, правило о неблагоприятном выводе занимает существенное место в арсенале третейского суда и позволяет нивелировать последствия от недобросовестного поведения соответствующего участника арбитражного разбирательства. Другим немаловажным комментарием, предваряющим правовой анализ ст. 9.5 и 9.6 Правил МАЮ, является тезис об отсутствии какого-либо разъяснения о природе неблагоприятных последствий. Этот сознательный пробел должен восполняться арбитрами с помощью стороны, заинтересованной в применении правила (Par. 12.357. P. 497).

Сделав предварительные комментарии, авторы переходят к подробному изложению условий, которые должны быть соблюдены для применения правила о неблагоприятном выводе. По мнению авторов, таких условий должно быть четыре: 1) искомый документ или доказательство должно быть истребовано заинтересованной стороной или арбитражным трибуналом; 2) запрашиваемая сторона не заявила свои возражения против представления документа или доказательства. Или возражения были отклонены арбитражным трибуналом и вынесен соответствующий приказ, обязывающий запрашиваемую сторону представить документ или доказательство; 3) запрашиваемая сторона не представила искомый документ или доказательство; 4) отсутствует удовлетворительное объяснение, почему запрашиваемая сторона не совершила требуемое от нее процессуальное действие. Наибольшую сложность для практического применения составляет последнее четвертое условие. Причины непредставления искомого документа или доказательства могут быть различны, поэтому арбитры в каждом конкретном случае должны их оценивать с точки зрения добросовестности запрашиваемой стороны и ее возможности выполнить приказ арбитражного трибунала. К примеру, нахождение документа у третьего лица, к которому запрашиваемая сторона не имеет доступа, может поставить под сомнение правомерность применения правила о неблагоприятном выводе, в то время как умышленное уничтожение этого документа запрашиваемой стороной с единственной целью — избежать его представления арбитражному трибуналу, наоборот, свидетельствует в пользу применения рассматриваемого правила (Par. 12.367. P. 498).

Особое внимание авторы уделяют природе неблагоприятных последствий и предостерегают читателей от недооценки всего разнообразия фактических обстоятельств, которые могут сложиться в рамках каждого конкретного дела. До какой степени последствия будут иметь неблагоприятный эффект для запрашиваемой стороны, если она не выполнила возложенное на нее

требование по представлению документа или доказательства? Авторы предлагают читателям самим подумать над поставленным вопросом и в качестве почвы для размышления дают описание трех гипотетических сценариев, основанных на отказе запрашиваемой стороны представить искомый документ: графики выполнения работ в рамках договора строительного подряда; протокол совета директоров, подтверждающий существование долга перед запрашивающей стороной; документы, свидетельствующие об экономической целесообразности заключения сделки с заинтересованностью. В каждом из описанных сценариев неблагоприятный эффект от непредставления искомого документа может быть различен. В первом случае арбитражный трибунал может прийти к выводу о том, что строительный подрядчик нарушил требование о фиксации выполненных работ в соответствующих графиках или скрыл факт вероятной просрочки выполнения проекта; во втором неблагоприятным последствием для запрашиваемой стороны может стать признание всей суммы долга или ее части; в третьем открытым вопросом остается размер финансового ущерба, который может быть нанесен компании в результате действий мажоритарного акционера.

Помимо гипотетических сценариев авторы приводят интересный пример из арбитражной практики по разрешению трансграничных инвестиционных споров, в котором арбитры применили правило о *неблагоприятном последствии* — дело *Feldman v. Mexico*. Принимающее государство (Мексика) не смогло опровергнуть презумпцию, предложенную истцом, о том, что к компании истца был применен менее благоприятный режим по сравнению с несколькими национальными компаниями, принадлежащими мексиканским лицам и занимающимися продажами сигарет. В итоге арбитражный трибунал сделал негативный вывод о том, что по отношению к истцу были приняты дискриминационные меры.

Большое разнообразие подходов, существующее в современной юриспруденции, с одной стороны, предоставляет ученым-правоведам и юристам-практикам безграничные возможности в исследовании спорных вопросов и формировании по ним собственной позиции, а с другой стороны, приводит к фрагментарному восприятию правовых проблем, которое вытесняет систему взглядов, построенную на традиционном представлении о праве. По этой причине многие научные произведения остаются незамеченными в юридическом сообществе. Можно с уверенностью сказать, что такая опасность не грозит рецензируемой книге, поскольку она содержит не только результат добросовестного труда авторов, но и оригинальные идеи и выводы, которые будут востребованы на протяжении многих лет.