

Всероссийская академия внешней торговли  
Министерства экономического развития Российской Федерации  
Кафедра международного частного права  
Кафедра гражданского и предпринимательского права  
Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права

**АРБИТРАЖ И РЕГУЛИРОВАНИЕ  
МЕЖДУНАРОДНОГО  
КОММЕРЧЕСКОГО ОБОРОТА:  
РОССИЙСКИЕ, ИНОСТРАННЫЕ  
И ТРАНСГРАНИЧНЫЕ ПОДХОДЫ**

*Liber Amicorum*  
в честь 70-летия А. С. Комарова

Составители и научные редакторы  
*Н. Г. Маркалова, А. И. Муранов*



Москва • 2019

УДК 341  
ББК 67.412.2  
А79

А79     **Арбитраж и регулирование международного коммерческого оборота : российские, иностранные и трансграничные подходы. *Liber Amicorum* в честь 70-летия А. С. Комарова / Сост. и науч. ред. : Н. Г. Маркалова, А. И. Муранов. — Москва : Статут, 2019. — 736 с.**

ISBN 978-5-8354-1568-7 (в пер.)

Данная книга — юбилейный сборник статей (*liber amicorum*) в честь 70-летия Александра Сергеевича Комарова, профессора, доктора юридических наук, заведующего кафедрой международного частного права Всероссийской академии внешней торговли, заслуженного юриста РФ, одного из самых известных российских исследователей и практиков в сферах международного коммерческого арбитража и регулирования международного коммерческого оборота.

Материалы в сборнике подготовлены российскими и иностранными специалистами (в том числе из ВАВТ, МГИМО, МГУ им. М.В. Ломоносова, МКАС при ТПП РФ), связанными с юбилеем профессиональными и дружескими связями. В них анализируются вопросы международного коммерческого арбитража, международного частного права, иностранного и сравнительного права, регулирования внешнеэкономической деятельности.

В сборнике также приводится библиография трудов А.С. Комарова.

Издание предназначено для ученых и исследователей, юристов, занимающихся на практике вопросами международного коммерческого арбитража и международного коммерческого оборота, арбитров, государственных судей, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов и факультетов.

УДК 341  
ББК 67.412.2

ISBN 978-5-8354-1568-7

© Н. Г. Маркалова, А. И. Муранов,  
составление, редактирование, 2019  
© Ассоциация исследователей международного частного  
и сравнительного права, 2019

## НЕБЛАГОПРИЯТНЫЕ ВЫВОДЫ СУДА / АРБИТРАЖНОГО ТРИБУНАЛА О ФАКТИЧЕСКИХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ ДЕЛА

Р.М. Ходыкин,  
кандидат юридических наук,  
приглашенный профессор Университета Королевы Марии  
(Лондон), солиситор Высших судов Англии и Уэльса,  
партнер лондонского офиса юридической фирмы  
«Bryan Cave Leighton Paisner LLP»

*В случае отказа представить доказательства без уважительной причины арбитры могут сделать неблагоприятные выводы, имеющие доказательственное значение, например посчитать факт, для доказывания которого документ был истребован, установленным или опровергнутым. Такие выводы именуется по-разному, в частности «неблагоприятные выводы» (adverse inferences) или «негативные выводы» (negative inferences). Учитывая отсутствие механизмов принуждения, право арбитров делать неблагоприятные выводы по доказательствам давно признается важным инструментом в третейском разбирательстве. В статье рассматриваются полномочия арбитров и судей делать неблагоприятные выводы, а также сложности, которые при этом возникают.*

*Ключевые слова: арбитраж; доказательства; непредставление доказательств; негативные выводы; неблагоприятные выводы.*

## ADVERSE FACTUAL INFERENCES OF THE COURT / ARBITRAL TRIBUNAL

ROMAN M. KHODYKIN,  
Ph.D. in Law, Visiting Professor in the Centre  
for Commercial Law Studies at Queen Mary University of London,  
Solicitor of Senior Courts of England and Wales,  
Partner at *Bryan Cave Leighton Paisner LLP* (London)

*If a party fails to produce evidence without valid reason, arbitrators can draw adverse evidentiary inferences. For example, they can deem a fact which could have been proven with a document that was not produced, to have been established or refuted. These inferences have various names, among them “adverse inferences” or “negative inferences”. Bearing in mind that an arbitral tribunal lacks coercive powers, an arbitrator’s right to draw adverse inferences has long been considered an important part of his or her toolbox. This article analyzes the power of arbitrators and judges to draw adverse inferences and the resulting difficulties.*

*Keywords: arbitration; evidence; failure to produce evidence; negative inferences; adverse inferences.*

### 1. Введение

В международном коммерческом арбитраже и третейском разбирательстве регулярно возникают ситуации, когда сторона, у которой истребован документ, отказывается его предоставлять. При этом, в отличие от государственного суда, у международного арбитражного суда / третейского суда нет соответствующих механизмов принуждения стороны. В частности, судья может выдать исполнительный лист на основании определения об истребовании доказательств, что позволит привлечь к исполнению службу судебных приставов. Неисполнение судебного акта также может повлечь меры ответственности<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> В частности, достаточно регулярно российские суды на основании ч. 9 ст. 66 АПК РФ накладывают судебный штраф за неисполнение определения суда об истре-

У арбитров / третейских судей таких полномочий попросту нет, хотя они в некоторых случаях могут прибегать к помощи государственных судов в собирании доказательств<sup>1</sup>.

Между тем в случае, когда сторона отказывается без уважительных причин раскрывать истребованный документ, арбитражный трибунал может сделать вывод, имеющий доказательственное значение, например посчитать факт, для доказывания которого документ был истребован, установленным или опровергнутым. Такие выводы именуется по-разному, в частности «неблагоприятные выводы» (*adverse inferences*) или «негативные выводы» (*negative inferences*). Учитывая отсутствие механизмов принуждения, право арбитров делать неблагоприятные выводы по доказательствам давно признается важным инструментом в третейском разбирательстве<sup>2</sup>.

## 2. Примеры регулирования

Применительно к международному арбитражу право делать неблагоприятные выводы, имеющие доказательственное значение, наиболее детально урегулировано Правилами Международной ассоциации юристов (МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*)<sup>3</sup> (далее – Правила МАЮ). Хотя Правила МАЮ являются инструментом «мягкого» права<sup>4</sup>, а не нормативным актом, они по праву признаются

---

бования доказательств. Теоретически злостное уклонение от исполнения определения суда может повлечь уголовную ответственность по ст. 315 УК РФ. Хотя автору не удалось найти примеры применения данной нормы за неисполнение определений суда об истребовании доказательств, на такую возможность указывается в комментариях (см., например: Практика применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации: более 350 актуальных вопросов: Практическое пособие / Под ред. В.В. Яркова, С.Л. Дегтярева. М.: Юрайт-Издат, 2005 (автор ответа на вопрос 59 – С.Л. Дегтярев) (СПС «КонсультантПлюс»)).

<sup>1</sup> См., например: ст. 27 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (в ред. федеральных законов от 3 декабря 2008 г. № 250-ФЗ, от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ и от 25 декабря 2018 г. № 485-ФЗ); ст. 30 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

<sup>2</sup> *Sharpe J.K. Drawing Adverse Inferences from Non-Production of Evidence // Arbitration International. 2006. Vol. 22. Issue 4. P. 550–551. <https://doi.org/10.1093/arbitration/22.4.549>*

<sup>3</sup> Документ доступен (в том числе в неофициальном переводе на русский язык) по адресу: [https://www.ibanet.org/publications/publications\\_iba\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.ibanet.org/publications/publications_iba_guides_and_free_materials.aspx).

<sup>4</sup> Рекомендательный свод правил, который применяется по соглашению сторон.

самым успешным сводом правил по вопросам доказательств в международном арбитраже и применяются практически во всех странах мира (правда, с разной периодичностью)<sup>1</sup>.

Статья 9.5 Правил МАЮ гласит: «Если без приемлемых объяснений Сторона не представляет какой-либо Документ, запрошенный в Ходатайстве о предоставлении документов, в отношении которого она своевременно не заявила возражений, а равно не представляет какой-либо Документ, который должен быть предоставлен по распоряжению Составы арбитража, Состав арбитража вправе сделать вывод о том, что такой документ был бы неблагоприятен для интересов этой Стороны».

Практически аналогичным образом сформулирована ст. 9.6 Правил МАЮ, однако она касается не документов (как они определены в Правилах МАЮ), а иных видов доказательств, непредставление коих без уважительной причины также дает арбитрам право сделать неблагоприятные выводы.

Среди законодательных положений, закрепляющих право арбитражного трибунала делать негативные выводы, следует отметить ст. 41(7)(b) английского Закона об арбитраже 1996 г. (Arbitration Act 1996), которая предусматривает, что если сторона не исполнила «окончательный приказ» (peremptory order)<sup>2</sup> арбитражного трибунала, то он может «сделать такие неблагоприятные выводы из факта нарушения, которые будут надлежащими в данной ситуации».

Неблагоприятные выводы по доказательствам не являются чуждыми и отечественному гражданскому процессу.

В частности, ч. 1 ст. 68 ГПК РФ предусматривает: «Объяснения сторон и третьих лиц об известных им обстоятельствах, имеющих значение для правильного рассмотрения дела, подлежат проверке и оценке наряду с другими доказательствами. *В случае, если сторона, обязанная доказывать свои требования или возражения, удерживает находящиеся у нее доказательства и не представляет их суду, суд вправе обосновать свои выводы объяснениями другой стороны*» (курсив мой. — Р.Х.).

---

<sup>1</sup> См.: Ходыкин Р.М. К вопросу о применении Правил Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже // В.А. Кабатов, С.Н. Лебедев: *In Memoriam*. Сборник воспоминаний, статей, иных материалов / Науч. ред.: А.И. Муранов, О.Н. Зименкова, А.А. Костин. М.: Статут, 2017. С. 741–743.

<sup>2</sup> «Окончательный приказ» предусмотрен ст. 41(5) английского Закона об арбитраже 1996 г. и предусматривает более серьезные последствия неисполнения, нежели последствия неисполнения обычного приказа. Арбитражный трибунал может вынести «окончательный приказ» только тогда, когда установлено, что сторона нарушила обычный приказ (см.: *Wicketts and Sterndale v. Brine Builders*, [2001] CILL 1805).

Еще более похожее правило можно найти в ч. 3 ст. 79 ГПК РФ: «При уклонении стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов для исследования и в иных случаях, если по обстоятельствам дела и без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым».

Данная норма в основном применяется по делам об установлении отцовства. В ситуации, когда ответчик отрицает отцовство, но при этом отказывается предоставить образцы ДНК для проведения экспертизы, суды на основании ч. 3 ст. 79 ГПК РФ выносят решения о признании его отцом ребенка и возложении на него обязанности по выплате алиментов<sup>1</sup>.

Хотя аналогичной нормы в АПК РФ нет<sup>2</sup>, в арбитражном процессе встречались единичные случаи применения ч. 3 ст. 79 ГПК РФ по аналогии права (ч. 5 ст. 3 АПК РФ). В частности, А.С. Медведева, проанализировав более 200 000 дел, рассмотренных в судах Северо-Западного округа, нашла только пять дел, где эта норма была применена по аналогии<sup>3</sup>. Вместе с тем встречались и примеры, когда суды, анализируя такого рода ситуацию, отменяли подобные решения в связи с неправильным применением норм процессуального права. Так, в одном деле арбитражный суд, применив по аналогии права ч. 3 ст. 79 ГПК РФ, отказал в удовлетворении заявления З. о признании права собственности на спорное имущество, которое признал установленным за должником. Суд указал, что, поскольку подлинные правоустанавливающие документы в обоснование заявления не были представлены и заявитель по сути воспрепятствовал проведению экспертизы, не опровергнув в установленном законом порядке возражения конкурсного управляющего, заявитель взял на себя риски несовершения соответствующих процессуальных действий. Однако суд кассационной

<sup>1</sup> Пункт 21 постановления Пленума ВС РФ от 16 мая 2017 г. № 16 (ред. от 26 декабря 2017 г.) «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей»; п. 8 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2016) (утв. Президиумом ВС РФ 13 апреля 2016 г.).

<sup>2</sup> Возможно, потому, что АПК РФ содержит ч. 2 ст. 9, которая, как предполагалось, позволяет во многих случаях достигать такого же результата.

<sup>3</sup> *Медведева А.С.* Судебная экспертиза и применение по аналогии закона части 3 статьи 79 ГПК РФ в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2017. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

инстанции, несмотря на процессуальное поведение заявителя в ходе проверки заявления о фальсификации доказательств, пришел к выводу, что ч. 3 ст. 79 ГПК РФ не подлежит применению, и отменил данный судебный акт, направив вопрос на новое рассмотрение, предложив апелляционному суду руководствоваться нормами процессуального права, имея в виду, конечно же, нормы АПК РФ<sup>1</sup>.

### 3. Природа неблагоприятных выводов

В литературе по международному арбитражу редко можно встретить обсуждение юридической природы положений о неблагоприятных выводах. Большинство авторов и арбитражных трибуналов просто исходят из того, что такое право есть у арбитров в рамках правомочий по оценке доказательств или по ведению арбитражного разбирательства, не вдаваясь в терминологические обсуждения<sup>2</sup>. Также об их природе молчит и комментарий к Правилам МАЮ, подготовленный их разработчиками<sup>3</sup>. В то же время некоторые соображения на этот счет были высказаны<sup>4</sup>.

Пожалуй, можно рассматривать ст. 9.5 и 9.6 Правил МАЮ (о праве арбитражного трибунала сделать неблагоприятные выводы из факта непредставления документов) как санкцию за недобросовестное поведение<sup>5</sup>. Это отвечает общепризнанной в международном арбитраже обязанности сторон участвовать в разбирательстве добросовестно<sup>6</sup>. Равным образом это соответствует распространенной точке зрения о том, что для применения данной нормы суд или арбитражный трибунал

---

<sup>1</sup> *Медведева А.С.* Указ. соч.

<sup>2</sup> См., например: *Solis M.J.* Adverse Inferences in Investor-State Arbitration // *Arbitration International*. 2018. Vol. 34. Issue 1. P. 81–84. <https://doi.org/10.1093/arbint/aix029>

<sup>3</sup> Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration ([www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=DD240932-0E08-40D4-9866-309A635487C0](http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=DD240932-0E08-40D4-9866-309A635487C0)). P. 26.

<sup>4</sup> В частности, значение неблагоприятных выводов в международном арбитраже обсуждается в следующей работе: *Гребельский А.В.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 221–225.

<sup>5</sup> В отечественной литературе такая точка зрения была высказана в следующей работе: *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.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2018. С. 685 (автор гл. 15 – А.В. Гребельский).

<sup>6</sup> *Гребельский А.В.* Указ. соч. С. 223.

должны установить факт нарушения уклоняющейся стороной своей обязанности действовать добросовестно и исполнять определения, касающиеся собирания доказательств: без установления этого факта применение санкции невозможно<sup>1</sup>.

Между тем нельзя однозначно утверждать, что это последствие не является доказательственной презумпцией. В частности, в международном арбитраже неблагоприятные выводы основываются на предположении, что если сторона необоснованно отказывается раскрывать доказательство, то разумно предположить, что такое доказательство противоречит позиции этой стороны<sup>2</sup>. Также арбитры исходят из презумпции, что сторона раскрыла все имеющиеся у нее доказательства в поддержку своих требований или возражений. Соответственно, имеются разумные основания утверждать, что применение данной нормы основано на презумпции. Она заключается в том, что неправомерное удержание доказательства или отказ предоставить образцы для проведения экспертизы вызваны тем, что такое доказательство подтвердит или, наоборот, опровергнет позицию противоположной стороны<sup>3</sup>. Кроме того, если бы неблагоприятные выводы были в чистом виде санкцией, то она могла бы применяться даже в случае, когда такие выводы не основываются на материалах дела, но, как будет показано ниже, арбитры этого, как правило, не делают.

В отечественной литературе можно встретить более жаркие дебаты о природе нормы ч. 3 ст. 79 ГПК РФ, хотя взгляды ученых и не отличаются единообразием.

Некоторые авторы рассматривают эту норму в качестве специфической доказательственной презумпции<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012. P. 864. Аналогичные взгляды можно встретить в следующей работе: *Houtte V. van.* Adverse Inferences in International Arbitration // Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol 6) / T. Giovannini, A. Mourre (eds.). Kluwer Law International, 2009. P. 202. Также А.В. Гребельский рассматривает негативные выводы арбитражного трибунала как санкцию (см.: *Гребельский А.В.* Указ. соч. С. 59).

<sup>2</sup> *Waincymer J.* Op. cit. P. 775–778.

<sup>3</sup> В отечественной литературе подобное обоснование можно найти в следующей работе: *Боннер А.Т.* Проблемы установления истины в гражданском процессе: Монография. СПб.: Юридическая книга, 2009. С. 251–252.

<sup>4</sup> См., например: *Боннер А.Т.* Указ. соч. С. 251; Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.М. Жуйкова, М.К. Треушников. М.: Городец, 2007 (автор комментария к ст. 79 – М.К. Треушников) (СПС «КонсультантПлюс»).

Другая точка зрения заключается в том, что данная норма представляет собой правовую фикцию. Сторонники этой позиции утверждают, что «законодатель вполне обоснованно в ч. 3 ст. 79 ГПК РФ сохранил одну из немногих процессуальных фикций как санкцию за противодействие требованиям суда и неисполнение процессуальной обязанности...»<sup>1</sup>. Возражая против теории доказательственной презумпции, они пишут, что «в правовой литературе можно встретить утверждение о том, что в настоящей статье содержится легальная презумпция, но это не так, коль скоро речь идет не о предположениях, основанных на причинно-следственных связях действительности, а о технико-юридическом приеме, специально используемом законодателем, в целях реализации отдельных норм права либо целых правовых институтов, в данном случае института доказывания»<sup>2</sup>.

Третья точка зрения заключается в том, что ч. 3 ст. 79 ГПК РФ является санкцией в отношении недобросовестной стороны<sup>3</sup>.

Наконец, А.В. Юдин предлагает рассматривать эту норму как одно из проявлений процессуального поведения, которое может иметь доказательственное значение<sup>4</sup>.

В зависимости от принимаемой точки зрения на природу рассматриваемого права суда или арбитражного трибунала порядок или последствия применения соответствующей нормы могут быть различными.

Если рассматривать такие нормы как санкцию за нарушение процессуальных обязанностей (например, обязанности действовать добросовестно и содействовать суду), то для применения предусмотренных последствий в виде неблагоприятных выводов необходимо установить факт нарушения. При этом не столь важно, соответствует ли неблагоприятный вывод суда другим материалам дела. Такая точка зрения в большей мере применима к ч. 3 ст. 79 ГПК РФ, потому что данная норма предусматривает более четкие последствия (признание факта

---

<sup>1</sup> Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. М.А. Видука. 2-е изд., пер. и доп. М.: Юрайт, 2014 (автор комментария к ст. 79 – С.Ф. Афанасьев) (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.И. Нечаева; Рук. авт. колл. и науч. ред. В.В. Ярков. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2008. С. 249–250 (автор комментария к ст. 79 – И.В. Решетникова).

<sup>4</sup> Юдин А.В. «Улики поведения» в гражданском и арбитражном процессе (к вопросу о доказательственном значении фактов процессуального поведения лиц, участвующих в деле) // Вестник гражданского процесса. 2016. № 4 (СПС «КонсультантПлюс»).

установленным или опровергнутым), нежели ст. 9.5 и 9.6 Правил МАЮ (последние говорят лишь о праве арбитров «сделать вывод о том, что такой документ был бы неблагоприятен для интересов этой Стороны»). Например, когда по делу об установлении отцовства суд после отказа ответчика дать образец для анализа ДНК выносит решение о признании ответчика отцом, в деле может быть только одно доказательство этого факта — объяснения истца. Без применения ч. 3 ст. 79 ГПК РФ суд, вероятнее всего, пришел бы к выводу о недоказанности факта. Но если применяется указанная норма, то факт отцовства считается установленным. Такое решение может быть принято даже тогда, когда истица и ответчик не состояли в браке, что делает невозможным применение презумпции о том, что дети, рожденные в браке, а также в течение 300 дней с момента расторжения брака, считаются рожденными от мужа, если не доказано иное<sup>1</sup>.

Если исходить из того, что данная норма является доказательственной презумпцией<sup>2</sup> или фикцией, то у суда или арбитров нет необходимости устанавливать факт нарушения, чтобы сделать неблагоприятные выводы. Однако в то же время такие негативные выводы суда о фактах могут быть опровергнуты в том числе другими материалами по делу. В случае противоречия (или хотя бы несоответствия) этих выводов другим доказательствам по делу они не могут быть сделаны<sup>3</sup>.

Представляется, что ответ на вопрос о правовой природе неблагоприятных выводов нельзя давать абстрактно — его следует формулировать лишь в отношении конкретной нормы. Например, практика применения ст. 9.5 и 9.6 Правил МАЮ скорее тяготеет к теории доказательственных презумпций, хотя отношение к этим нормам как санкциям, вероятно, стимулировало бы участников более добросовестно относиться к представлению доказательств (поскольку при нарушении обязанности представить истребованное доказательство арбитражный трибунал мог бы посчитать соответствующий факт установленным даже в отсутствие иных доказательств). Часть 3 ст. 79 ГПК РФ в боль-

---

<sup>1</sup> Пункт 2 ст. 48 СК РФ.

<sup>2</sup> Суждения о доказательственных презумпциях см.: *Боннер А.Т.* Указ. соч. Гл. 6; Курс доказательственного права: Гражданский процесс. Арбитражный процесс / Под ред. М.А. Фокиной. М.: Статут, 2014. Гл. 5; *Зубович М.М.* Цивилистическое процессуальное взаимодействие: Учеб. пособие. Иркутск: Изд-во ИГУ, 2015. С. 91.

<sup>3</sup> Такой точки зрения, например, придерживается Д.А. Шемелин (см.: *Шемелин Д.А.* Изменение стандарта доказывания в международном арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 200).

шей степени представляется устанавливающей санкцию за недобросовестное поведение в процессе.

В любом случае рассматриваемый институт следует отличать от других институтов доказательственного права, в частности от признания (прямого или молчаливого). В данном случае сторона может активно оспаривать соответствующие факты, и говорить о подразумеваемом признании здесь вряд ли будет уместно. Но при этом неисполнение обязанности по раскрытию доказательств влечет следствие, при котором суд считает данный факт установленным или опровергнутым, не потому, что он признан стороной, а потому, что такая санкция предусмотрена за неисполнение процессуальной обязанности.

#### 4. Неблагоприятные выводы и бремя доказывания

Неблагоприятные выводы суда или арбитра по обстоятельствам дела являются мощным оружием в борьбе с недобросовестными сторонами в процессе. Но какой бы привлекательной ни казалась эта концепция, ее применение на практике сопряжено со значительными сложностями.

Прежде всего, большинство авторов справедливо считают, что отказ раскрыть доказательство не переносит бремя доказывания, соответственно, сам по себе отказ представить доказательство не означает, что факт считается установленным, если не доказано иное. Арбитры по-прежнему должны оценивать все доказательства в совокупности и исходить из того, на ком лежит бремя доказывания<sup>1</sup>. Если истец не представил достаточных доказательств в обоснование своих требований, сам по себе факт уклонения ответчика от представления доказательств не может быть достаточным для вывода о доказанности требований истца<sup>2</sup>.

Кроме того, арбитры исходят из того, что они не должны делать неблагоприятные выводы в ситуации, когда последние будут противоречить совокупности других доказательств по делу. Естественно, при наличии в материалах дела противоречивых доказательств негативные выводы могут «перевесить чашу весов» в пользу одной из сторон. Но если подавляющее большинство доказательств противоречит искомому неблагоприятным выводам, следует согласиться с авторами,

---

<sup>1</sup> *Houtte V. van*. Op. cit. P. 196; *Solis M.J.* Op. cit. P. 89. В отечественной литературе на это обстоятельство обращал внимание А.В. Юдин (см.: *Юдин А.В.* Указ. соч.).

<sup>2</sup> См., например: *Houtte V. van*. Op. cit. P. 195; *Шемелин Д.А.* Указ. соч. С. 200.

утверждающими, что арбитражный трибунал должен отказаться использовать этот механизм<sup>1</sup>.

В литературе также указывается, что доказательственное значение у неблагоприятных выводов меньше, чем у прямых доказательств<sup>2</sup>. При оценке доказательств арбитражные трибуналы иногда исходят из того, что отсутствие прямых доказательств делает невозможным доказывание на основании только негативных выводов по стандарту «баланс вероятностей»<sup>3</sup>. Хотя неблагоприятные выводы действительно не относятся к категории прямых доказательств, нельзя согласиться с утверждением, что отсутствие прямых доказательств делает доказывание фактов невозможным. Существует множество примеров, когда доказывание производится только на основании косвенных доказательств, и они, взятые в совокупности, позволяют суду или арбитражному трибуналу сделать вывод о доказанности того или иного искомого факта. Между тем неблагоприятные выводы сами по себе, без каких-либо иных доказательств, недостаточны, чтобы доказать требования или возражения стороны.

Кроме того, в международной арбитражной практике выражалась позиция, что арбитражный трибунал вправе отказаться делать неблагоприятные выводы, когда добросовестная сторона сама не предприняла всех доступных ей мер, чтобы добыть это доказательство<sup>4</sup>.

Наконец, в литературе также высказывалось мнение, что сами по себе неблагоприятные выводы должны быть разумными<sup>5</sup>, но следует отметить, что эта точка зрения не является общепризнанной: другие авторы считают, что категория «разумности» не является удачной и вряд ли может служить определенным критерием для получения конкретных выводов<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> К такому выводу, например, пришел трибунал в деле *Frederica Lincoln Riahi v. The Islamic Republic of Iran* (IUSCT Case No. 485 (600-485-1), Award, 27 February 2003 // Yearbook Commercial Arbitration. 2003. Vol. XXVIII. ¶ 208–210 (доступно в Интернете по адресу: [https://jsumundi.com/en/document/decision/en-frederica-lincoln-riahi-v-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-final-award-award-no-600-485-1-thursday-27th-february-2003#decision\\_4020](https://jsumundi.com/en/document/decision/en-frederica-lincoln-riahi-v-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-final-award-award-no-600-485-1-thursday-27th-february-2003#decision_4020))) (см. подробнее ниже разд. 5).

<sup>2</sup> *Sharpe J.K.* Op. cit. P. 552; *Houtte V. van.* Op. cit. P. 195–196; *Sourgens F.G., Duggal K.A.N., Laird I.A.* Evidence in International Investment Arbitration. Oxford University Press, 2018. Paras. 2.15–2.18.

<sup>3</sup> *Houtte V. van.* Op. cit. P. 197.

<sup>4</sup> См. подробнее: *Sharpe J.K.* Op. cit. P. 554–557.

<sup>5</sup> *Houtte V. van.* Op. cit. P. 207; *Sharpe J.K.* Op. cit. P. 558.

<sup>6</sup> См., например: *Sourgens F.G., Duggal K., Laird I.A.* Op. cit. Paras. 8.11–8.21.

Все изложенное показывает, что значение неблагоприятных выводов нельзя переоценивать. Хотя они и могут способствовать разрешению дела, в любом случае необходимы другие доказательства по делу, которые бы позволили стороне разрешить свое бремя доказывания.

### **5. Какой неблагоприятный вывод может сделать суд или арбитражный трибунал**

Большая практическая сложность возникает в том, какой именно неблагоприятный вывод должен сделать в конкретной ситуации суд или арбитражный трибунал. Как правило, выводы о фактах легче делать, когда удерживаемое доказательство может доказывать или опровергать факт полностью (т.е. истребуемое доказательство может быть только однозначным). Например, по делам об установлении отцовства предоставление образцов для анализа ДНК может дать только два ответа: либо ответчик является отцом ребенка, либо не является — третьего не дано.

В одном деле, рассмотренном арбитражным судом в России, ответчик утверждал, что подписи на актах выполненных работ были сфальсифицированы, но от предоставления актов и образцов подписи для проведения экспертизы уклонялся. В такой ситуации апелляционный суд применил по аналогии процессуального права ч. 3 ст. 79 ГПК РФ и указал, что, поскольку ответчик уклонился от передачи оригиналов спорных актов для исследования эксперту, негативные последствия вероятностного вывода эксперта должны быть возложены именно на ответчика<sup>1</sup>.

В этом примере предоставление актов и образцов подписи могло показать только то, что либо печать и подпись являются подлинными, либо нет. В данном случае неблагоприятный вывод было сделать достаточно легко, поскольку он был однозначным.

В то же время в сложных спорах удерживаемое стороной доказательство зачастую может доказывать или опровергать факт полностью или частично, равно как подтверждать или опровергать факты под условием. К примеру, сторона отказалась представлять протокол заседания правления ответчика, где, вероятно, обсуждался долг истцу. В международном арбитраже признание долга во время обсуждения на заседании правления может иметь доказательственное значение. Но если протокол не представлен, то можно ли сделать

---

<sup>1</sup> *Медведева А.С.* Указ. соч.

вывод, что на таком заседании ответчик признавал существование долга? Сделать это будет сложно, потому что вывод в данном случае может быть неоднозначным: члены правления могли признать долг частично или под условием, либо вообще мнения могли разделиться.

Возьмем другой пример: сторона заявляет, что сделки с заинтересованностью не повлекли убытки для компании, но по запросу суда доказательства представить отказалась. Какой неблагоприятный вывод можно сделать в этой ситуации? Представляется, что суд или трибунал может прийти к выводу, что сделки были невыгодными для компании и повлекли для нее убытки. Однако дальше пойти вряд ли возможно: нельзя принять решение о том, каков размер таких убытков, если соответствующие доказательства не будут добыты в процессе.

Приведем два показательных примера из международной арбитражной практики.

В деле *Marvin Feldman v. Mexico*<sup>1</sup>, которое рассматривалось на основании Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА), истец заявлял, что Мексика необоснованно отказалась предоставить налоговый вычет истцу, в то время как давала его мексиканским компаниям в сходных ситуациях. Мексика отказалась представить доказательства.

Состав арбитров большинством голосов решил, что истец «установил презумпцию и представил доказательства *prima facie*, что отношение к истцу было иным и менее благоприятным, чем к мексиканским продавцам сигарет, а ответчик не представил достоверных доказательств, чтобы опровергнуть эту презумпцию»<sup>2</sup>.

При этом один из арбитров не согласился и написал в своем особом мнении следующее: «...Для того чтобы подтвердить, что государство [ответчик по делу] систематически нарушает свое собственное право для предоставления менее благоприятного режима инвесторам или для иной цели, необходимы доказательства которые бы прямо подтверждали эти факты; я придерживаюсь мнения, что для доказывания этого факта простые неблагоприятные выводы недостаточны; что если бы действительно существовала такая модель поведения, то были бы

---

<sup>1</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (16 December 2002) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>).

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 177.

различные проявления этой модели, которые помогли бы доказать данные факты надлежащим образом»<sup>1</sup>.

Другое интересное дело было рассмотрено Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и США (Iran-US Claims Tribunal). В деле *Riahi v. Iran*<sup>2</sup> истица не могла доказать право собственности на 510 акций на предъявителя в компании «Хошкех». Истица просила трибунал сделать неблагоприятные выводы в связи с тем, что ответчик отказался раскрыть реестры акционеров, которые бы подтвердили тот факт, что она владела спорными акциями. Истица заявила, что арбитражному трибуналу необходимо исходить из того, что если бы реестры были раскрыты, то они бы соответствовали ее доказательствам и подтверждали последние.

Арбитражный трибунал большинством голосов отказался делать неблагоприятные выводы, обосновав это следующим образом: «Что касается заявления истицы о том, что трибунал должен сделать неблагоприятные выводы из факта непредставления реестра акционеров «Хошкеха», трибунал отмечает, что спорные 510 акций являются акциями на предъявителя и что по иранскому праву не требуется внесение записи о переходе прав на такие акции в реестр акционеров. Кроме того, ст. 10 Устава «Хошкеха» предусматривает, что только переход прав на именные акции требует одобрения совета директоров и внесения записи в реестр. Поэтому трибунал не считает, что реестр акционеров и иные корпоративные документы «Хошкеха» подтвердят, что истица владела 510 акциями на предъявителя и что переход прав на эти акции от ее супруга произошел до их экспроприации. Соответственно, трибунал считает, что нет необходимости рассматривать вопрос о том, нарушил ли ответчик приказ суда...»<sup>3</sup>

Любопытно отметить, что и в этом деле один из арбитров (американский судья в отставке Чарльз Н. Брауэр) написал особое мнение, в котором не согласился с решением большинства по следующим основаниям: «...Решение произвольно лишает истицу какой-либо возможности выполнить это экстраординарное бремя доказывания. Правда, трибунал приказал ответчику — и не один раз, а дважды... (за пять лет до слушания) — раскрыть среди прочего реестры акционе-

---

<sup>1</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Dissenting Opinion of Jorge Covarrubias Bravo (3 December 2002), p. 14 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0321.pdf>).

<sup>2</sup> См. сн. 1 на с. 617.

<sup>3</sup> *Frederica Lincoln Riahi v. The Islamic Republic of Iran*, Award, ¶ 104.

ров (и другие связанные документы) во всех шести компаниях, которые были экспроприированы и в которых, по заявлению истицы, у нее были доли, равно как и финансовую и аудиторскую отчетность по пяти из этих шести компаний. <...> Ответчик никогда не отрицал, что такие документы имеются; напротив, их существование подтверждается тем, что ответчик выборочно включил в свои письменные заявления [некоторые документы]. Но при этом дважды истребованные доказательства никогда не были раскрыты. <...> Очевидно, что истица, хотя и смогла обосновать свои требования *prima facie*, не имела возможности доказать их по стандарту «вне всяких сомнений» без таких неблагоприятных выводов, притом что для них имелись все основания. <...> Другими словами, вопиющее игнорирование ответчиком приказов трибунала о раскрытии доказательств получило одобрение со стороны последнего»<sup>1</sup>.

## 6. Краткие выводы

В завершение хочется сказать, что право суда / арбитражного трибунала делать неблагоприятные выводы о фактах является признанным, необходимым и обоснованным механизмом в процессе доказывания. Между тем на практике его применение сопряжено со значительными сложностями.

Следует согласиться с теми авторами, которые утверждают, что арбитры и судьи должны более активно использовать этот инструмент, потому что отказ в его применении станет стимулом для сторон действовать недобросовестно и игнорировать приказы об истребовании доказательств<sup>2</sup>.

Кроме того, в литературе отмечается, что даже в тех ситуациях, когда арбитры не делают неблагоприятные выводы в арбитражном решении, недобросовестное поведение стороны все равно «отравляет» их отношение к ней, так что соответствующие выводы все равно будут сделаны, хотя и подсознательно<sup>3</sup>. Соответственно, сторонам лучше не «играть с огнем»...

---

<sup>1</sup> *Frederica Lincoln Riahi v. The Islamic Republic of Iran*, Concurring and Dissenting Opinion of Judge Charles N. Brower, ¶ 4 ([https://jusmundi.com/en/document/opinion/en-frederica-lincoln-riahi-v-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-concurring-and-dissenting-opinion-of-judge-charles-n-brower-thursday-27th-february-2003#opinion\\_2166](https://jusmundi.com/en/document/opinion/en-frederica-lincoln-riahi-v-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-concurring-and-dissenting-opinion-of-judge-charles-n-brower-thursday-27th-february-2003#opinion_2166)).

<sup>2</sup> *Sourgens F.G., Duggal K.A.N., Laird I.A.* Op. cit. Paras. 8.43–8.45.

<sup>3</sup> *Solis M.J.* Op. cit. P. 80.

