



**РОМАН ХОДЬКИН,**  
партнер лондонского офиса “Berwin  
Leighton Paisner”, канд. юрид. наук

## Инквизиция в XXI веке?

Что такое бремя доказывания и где его пределы в международном арбитраже? Этот вопрос, среди прочих, возник в инвестиционных арбитражах по делу ЮКО-Са. Состав арбитража признал, что экспертное заключение истца о размерах убытков является ненадежным доказательством и не может быть положено в основу решения. Так как эксперт со стороны России альтернативной оценки не предоставил, а лишь раскритиковал работу эксперта истцов, арбитры решили посчитать убытки самостоятельно. За основу арбитры взяли цифры того самого «ненадежного» заключения истцов, но постарались учесть все критические замечания, которые эксперт ответчика предложил, уменьшив таким образом сумму примерно наполовину. В заявлении об отмене арбитражных решений, поданных в суд Гааги (по месту проведения арбитража), Россия требует отмены решений, в том числе по этому основанию, заявляя, что арбитры не могут применить метод расчёта убытков, который ни одна из сторон не заявляла, поскольку это является существенным нарушением правил процесса.

Для юристов постсоветского пространства подход арбитража является, скажем так, нетрадиционным. В соответствии с принципом состязательности, отечественные суды в таких случаях часто отказывают в иске и говорят о том, что истец не разрешил бремя доказывания.

В инвестиционном арбитраже подобные основания рассматриваются через призму «права высказать свою позицию» (right to be heard). И история подготовки Вашингтонской конвенции 1965 г., и последующие решения трибуналов ad hoc, которые пересматривали решения арбитражей по этому основанию, говорят о том, что лишение стороны права высказать свою позицию является серьезным нарушением фундаментального права стороны. Но взгляды расходятся относительно того, как подобное нарушение оценивать. Так, в одном деле было признано, что арбитры имели право установить размер сложных процентов, несмотря на то, что стороны никогда не высказывали свои позиции по размеру оных, их право быть услышанным нарушено не было<sup>1</sup>. Были и более суровые решения, которые исходили из того, что право высказать свою позицию заключается в возможности стороны привести свои аргументы; если сторона такой возможностью не воспользовалась, то это ее проблемы<sup>2</sup>. Наконец, третья точка зрения была высказана в деле Victor Pey, в котором решение было отменено в части размера убытков, поскольку трибунал

не дал возможность сторонам высказать свою позицию по методологии расчета убытков, которую в конечном итоге применил<sup>3</sup>.

Интересно отметить, что выход арбитрами за пределы аргументов сторон редко обосновывают через нарушение принципа состязательности. Исторически существовало два типа процесса – инквизиционный и состязательный. В состязательном процессе арбитр не вмешивается в вопросы доказывания, а лишь оценивает доказательства, представленные сторонами. Другой тип процесса получил название в честь судов святой инквизиции, выносивших суровые приговоры еретикам. Желая установить правду, суды инквизиции пытались свидетелей и подсудимых. Сейчас в континентальной Европе сохранились некоторые элементы инквизиционного процесса, например, арбитры более активно участвуют в допросе свидетелей, но при этом практически повсеместно признается, что арбитр не может и собирать доказательства, и оценивать их. В частности, в решении Европейского суда по правам человека по делу *Mantovanelli v France* (1997) говорится, что принцип состязательности является ключевым элементом справедливого разбирательства.

С другой стороны, выход за пределы аргументов сторон в вопросах оценки размера убытков встречается иногда в практике международных коммерческих и инвестиционных арбитражей, равно как и английских судов (которые явились родоначальниками принципа состязательности!), при этом исходной посылкой этого подхода являются следующие постулаты: а) несправедливо установить факт нарушения, но не присудить убытки (похожий подход был высказан Конституционным судом РФ); б) арбитр решает дело на основании тех материалов, которые у него есть, он не может проигнорировать заключения, а должен оценить их в совокупности и вынести по ним решение, даже если это приводит к выводу, который стороны не заявляли. Хотя такой подход не означает возврат к судам инквизиции, надо отметить, что очень опасно совмещать в одном лице и функции по собиранию доказательств, и по их оценке. Всегда появляется соблазн установить правду во что бы то ни стало, а так и опять до пыток недалеко.

Принцип состязательности и право высказать свою позицию являются фундаментальными принципами процесса и должны таковыми оставаться. Но пока расходятся мнения о том, каким образом эти права должны обеспечиваться международными арбитражами. Иногда, даже если ваш оппонент не разрешил бремя доказывания, имеет смысл предложить арбитрам альтернативную оценку, чтобы не рисковать...

<sup>1</sup> Wena Hotels Limited. v. Arab Republic of Egypt. (ICSID Case No. ARB198/4). Annulment Proceeding.

<sup>2</sup> Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3), decision on application for annulment, 3 July 2002.

<sup>3</sup> Victor Pey Casado and Foundation “Presidente Allende” v Chile (ICSID case No. ARB/98/21, Annulment decision of 18 Dec 2012.