

## **A Note on Translations**

*The IBA would like to acknowledge the work of Andrey Panov (Allen & Overy), Natalia Gulyaeva, (Hogan Lovells) and Sergey Avakyan (Norton Rose Fulbright) in the translation and review of this Commentary.*



the global voice of  
the legal profession®

(Январь 2021 года)<sup>i</sup>

## Комментарий к обновленному тексту Правил МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже 2020 года<sup>\*</sup>

*Рабочая группа МАЮ 1999 года<sup>1</sup> и Подкомитет по редактированию Правил  
МАЮ о доказательствах 2010 года<sup>2</sup> и Рабочая группа МАЮ по пересмотру  
Правил МАЮ о доказательствах 2020 года<sup>3</sup>*

<sup>i</sup> Перевод текста комментария на русский язык выполнили: Наталья Гуляева (Hogan Lovells), Сергей Авакян (Norton Rose Fulbright) и Андрей Панов (Allen & Overy).

<sup>\*</sup> Эта статья представляет собой расширенную и дополненную версию комментария к предыдущему текст Правил МАЮ "Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration", 2 V.L.I., pp. 16-36 (2000), который был затем пересмотрен и дополнен в связи с изменениями, внесенными в Правила в 2010 и 2020 годах.

<sup>1</sup> Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже были разработаны Рабочей группой, назначенной Комитетом по Арбитражу и ADR Международной ассоциации юристов (Комитет D). Рабочая группа была возглавлена Джованни Уги, Италия, и состояла из следующих участников: Ханс Багнер, Швеция; Джон Бичи, Англия; Жак Буар, Франция; Питер Колдуэлл, Гонконг; Бернардо Кремадес, Испания; Отто Де Витт Вийнен, Нидерланды; Эмануэль Гайар, Франция; Поль Жэлина, Франция; Пьер Каррер, Швейцария; Вольфганг Кюн, Германия (бывший председатель Комитета D); Ян Полсон, Франция; Хильмар Решке-Кесслер, Германия; Дэвид В. Ривкин, США (председатель Комитета D); Ханс ван Хут, Бельгия; и Джонни Видер, Англия.

<sup>2</sup> 29 мая 2010 года, Совет МАЮ одобрил измененную версию Правил МАЮ о получении доказательств в международном арбитраже. В 2008 году Арбитражный комитет МАЮ поручил Подкомитету по редактированию Правил МАЮ о доказательствах пересмотреть Правила МАЮ 1999 года. Подкомитет был возглавлен Ричардом Крейдлером, США/Германия, и состоял из следующих участников: Давид Ариас, Испания; С. Марк Бейкер, США; Пьер Бьенвеню, Канада (бывший сопредседатель Арбитражного комитета); Антониас Димолитса, Греция; Пол Фридланд, США; Николас Гамбоа, Колумбия; Джудит Гилл, королевский адвокат, Великобритания (сопредседатель Арбитражного комитета); Петер Хекель, Германия; Стивен Джагуш, Новая Зеландия; Ксианг Джи, Китай; Кап-Ю (Кевин) Ким, Корея; Эмми Коэн Клезенер, Секретарь Подкомитета по редактированию, США/Германия; Тоби Т. Ландау, королевский адвокат, Великобритания; Алексис Мур, Франция; Хильмар Решке-Кесслер, Германия; Дэвид В. Ривкин (бывший председатель Арбитражного комитета и Подразделения юридической практики МАЮ), США; Георг фон Зегессер, Швейцария; Эссам Аль-Тамими, ОАЭ; Гидо С. Тавил, Аргентина (сопредседатель Арбитражного комитета); Хироюки Тезука, Япония; Ариэль Йе, Китай.

<sup>3</sup> В сентябре 2016 года Подкомитет МАЮ по руководящим принципам и правилам в арбитраже одобрил Отчет о принятии инструментов мягкого права МАЮ, в котором рекомендовался пересмотр Правил МАЮ о получении доказательств в международном арбитраже к 2020 году. В 2019 году, Подкомитет МАЮ по руководящим принципам и правилам в арбитраже сформировал Рабочую группу, которой был поручен пересмотр Правил (Рабочая группа 2020 года). Рабочую группу 2020 года сначала возглавили Альваро Лопез де Аргумедо, Испания, и Фернандо Мантилла-Серрано, Колумбия/Франция, в качестве сопредседателей Подкомитета МАЮ по руководящим принципам и правилам, а затем – Натали Возер, Швейцария и Дожеф И. Нойхауз, США. Руководителями Рабочей группы 2020 помогли следующие Секретари подкомитета: Дэвид Блэкман, США, Сантьяго Родригез старший, Венесуэла/Испания, Хесус Сарачо Агуирре, Испания, и Элис Ульямс, Франция/Великобритания/Швейцария. Участниками Рабочей группы 2020 года были: Кармен Мартинез Лопез, Испания/Великобритания; Штэфан Брокер, Швеция; Чечилия Каррара, Италия; Кабир Дуггал, Индия/США; Валерия Галиндез, Бразилия/Аргентина; Бабаджи Огундипе, Нигерия; Андрей Панов, Россия; Нойна Мариго, Аргентина/США; Саманта Роу, Великобритания/Ирландия; Анн-Вероник Шлэффер, Швейцария; Джимми Скойлд Хансен, Дания; Хелен Х. Ши, Китай; Мохамед Абдель Вахаб, Египет; Ролан Зиаде, Ливан/Франция; Даниэль Буссе, Германия; Пьер Бьенвеню, Канада; Лаура Халонен, Финляндия/Германия; Бен Журатович, Австралия/Франция; Теджас Кариа, Индия; Эрика Штайн, США/Бельгия; Козмин Василь, Румыния; Сабина Сакко,

В любом арбитражном разбирательстве ключевой вопрос для сторон и их юридических советников – а также для состава арбитража – заключается в определении процедуры разбирательства. Основные международные арбитражные регламенты и регламенты арбитража *ad hoc* предлагают структуру для арбитражного разбирательства и содержат детальные положения в отношении таких элементов процесса как подача заявления об арбитраже, назначение арбитров и заявление отводов, подготовка арбитражного решения и распределение расходов. Но они намеренно не включают положений о том, как должны собираться и представляться доказательства в разбирательствах, ведущихся на основании соответствующих регламентов.

Вполне оправданно ведущие институциональные арбитражные регламенты и регламенты арбитража *ad hoc* не требуют, чтобы каждое разбирательство проводилось одинаково, обеспечивая тем самым гибкость для сторон, которые могут согласовать процедуру, наилучшим образом удовлетворяющую нуждам конкретного дела. Автономия воли сторон и гибкость являются одними из преимуществ международного арбитража.

Однако, во многих делах такой намеренный пробел в арбитражных регламентах может вызвать затруднения, если стороны расходятся во взглядах на то, каким образом должно строиться арбитражное разбирательство. Эта проблема становится особенно острой, если стороны разбирательства принадлежат к различным правовым традициям и культурам. Также сложности могут возникнуть, когда одна или обе стороны не имеют достаточного опыта в международном арбитраже.

Почти четыре десятка лет назад Международная ассоциация юристов (далее – «МАЮ») решила помочь сторонам заполнить пробелы в арбитражных регламентах. МАЮ имеет уникальную возможность предложить такую помощь, поскольку Арбитражный комитет МАЮ сейчас насчитывает более 3000 специалистов по арбитражу из 130 стран мира.

В 1983 году МАЮ приняла «Дополнительные правила, определяющие порядок представления доказательств в международном коммерческом арбитраже» (Supplementary Rules Governing the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration) (далее – «**Правила 1983 года**»). В целом Правила 1983 года были хорошо восприняты профессиональным сообществом и часто обсуждались на арбитражных конференциях в качестве примера гармонизации процедур в международном арбитраже.

К 1999 году природа международного арбитража существенным образом изменилась. Были разработаны новые процедуры, изменилось понимание лучших практик, значительно увеличилась практика международного арбитража, поскольку он начал развиваться во многих регионах мира, которые прежде неодобрительно относились к арбитражу.

Соответственно, Правила 1983 года требовали обновления и пересмотра. В 1997 году Комитет D МАЮ (теперь называющийся Арбитражный комитет) сформировал новую Рабочую Группу под председательством Джованни Уги (Италия) для осуществления этого проекта. Рабочая группа состояла из 16 участников (см. сноску 1). Рабочая группа провела множество встреч и обсудила Правила на публичных встречах МАЮ в Дели в ноябре 1997 года и в Ванкувере в сентябре 1998 года. Проекты были также разосланы для представления комментариев членам Комитета D и иным специалистам, и обсуждались на многих арбитражных конференциях. Рабочая группа рассмотрела комментарии, полученные в рамках этого процесса, и подготовила

---

*Чили/Италия/Сальвадор; Хассан Араб, ОАЭ; Ксимена Эррера-Берналь, Колумбия/Великобритания; Бартош Кружевски, Польша; Изабель Мишу, Канада/Франция; Тайлер Б. Робинсон, США/Великобритания; Ариель Йе, Китай.*

окончательную версию Правил МАЮ по получению доказательств в международном коммерческом арбитраже, которая была одобрена Советом МАЮ 1 июня 1999 года (далее также «**Правила МАЮ 1999 года**»).

Правил МАЮ о доказательствах в международном коммерческом арбитраже также были благосклонно восприняты профессиональным сообществом как полезный инструмент гармонизации процедур в международном арбитраже и широко применялись в арбитражных разбирательствах. В 2008 году Арбитражный комитет МАЮ учредил Подкомитет по редактированию Правил МАЮ о доказательствах и поручил изучить и при необходимости обновить Правила МАЮ 1999 года. Подкомитет провел встречи и обсудил Правила на открытых мероприятиях МАЮ в Буэнос-Айресе в октябре 2008 года, Дубае в феврале 2009 и в Мадриде в октябре 2009. Он также провел онлайн опрос среди членов Арбитражного комитета и иных специалистов в 2008 году. В начале 2010 года Арбитражный Комитет разослал обновленный проект для получения комментариев. Предлагаемые изменения обсуждались на множестве арбитражных конференций, а полученные комментарии были учтены при подготовке окончательного проекта. Обновленные Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже были одобрены Советом МАЮ 29 мая 2010 года (далее – «**Правила МАЮ 2010 года**»).

Получившийся текст Правил МАЮ 2010 года отражал желание Арбитражного комитета вносить изменения и обновления только если это было необходимо для отражения развития и новых лучших практик международного арбитража, которые появились с 1999 года. Из названия исключили слово «коммерческий» в качестве признания того факта, что Правила МАЮ о доказательствах могли использоваться и на самом деле использовались как в коммерческом, так и в инвестиционном арбитраже.

После завершения изучения Правил МАЮ 2010 года, Рабочая группа 2020 года рекомендовала только ограниченное число поправок, в основном в целях обеспечить большую ясность текста. Изменения, в частности, включили: (i) дополнение статьи 2 ссылкой на вопросы кибербезопасности и защиты данных в числе вопросов, которые могут обсуждаться на предварительных консультациях по доказательствам; (2) добавление термина «Дистанционное слушание» и раздел «Определения» и внесение изменений в Статью 8, чтобы прямо прописать Дистанционное слушание и необходимость для Составы арбитража установить протокол проведения Дистанционного слушания; и (3) включение в статью 9 положения, позволяющего Составу арбитража исключить незаконно полученные доказательства.

Изменения, внесенные в новую версию правил, также отражают рассмотрение Рабочей группой 2020 года комментариев, полученных от более чем 160 арбитражных учреждений мира и от членов Рабочей группы 1999 и Подкомитета по редактированию 2010.

Правила МАЮ о доказательствах содержат процедуры, которые изначально развились в системах континентального права, в системах общего права и в международном арбитраже. Поскольку она созданы с целью помочь сторонам в определении процедур для использования в их конкретных делах, правила предлагают некоторые (но не все) методы проведения арбитражных разбирательств. Стороны и составы арбитража могут решить использовать Правила МАЮ о доказательствах целиком или в какой-то части – при составлении арбитражной оговорки в договоре или когда арбитражное разбирательство уже началось – или могут использовать их в качестве руководящих принципов. Стороны могут изменять и адаптировать правила в зависимости от нужд конкретного дела.

Настоящая статья описывает основные положения Правил МАЮ (с изменениями 2010 и 2020 года) и предлагает некоторую информацию о процессе их подготовки и пересмотра. Рабочая группа 2020 года и Подкомитет МАЮ по руководящим принципам и правилам в арбитраже надеются, что этот комментарий поможет сторонам определить, использовать ли им Правила МАЮ и каким образом применить их в конкретном деле. Правила МАЮ о доказательствах и переводы Правил на различные языки могут быть загружены с сайта МАЮ ([www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)).

## Преамбула

Разработчики посчитали важным выделить определенные принципы, положенные в основу Правил МАЮ о доказательствах, чтобы стороны и составы арбитража могли наилучшим образом разобраться, каким образом их следует применять. Преамбула также важна, чтобы объяснить, чего именно Правила МАЮ о доказательствах надеются достигнуть, и на что они не рассчитаны.

i. Преамбула отмечает, что Правила МАЮ о доказательствах «разработаны в дополнение к правовым нормам и институциональным, *ad hoc* или другим правилам, которые применяются при ведении арбитражных разбирательств». Правила МАЮ о доказательствах не предлагают полноценный механизм организации процесса в международном арбитраже (коммерческом или инвестиционном). Стороны должны выбрать институциональный регламент или правила арбитража *ad hoc*, такие как ICC, AAA, LCIA, SIAC, HKIAC, ЮНСИТРАЛ или ICSID, либо разработать собственные правила, чтобы создать процессуальную структуру для своего арбитражного разбирательства. Правила МАЮ о доказательствах только заполняют пробелы, имеющиеся в таких процессуальных правилах в отношении доказательств.

ii. Как отмечается в самом первом предложении Преамбулы, Правила МАЮ о доказательствах нацелены на обеспечение «эффективного, экономичного и справедливого процесса» получения доказательств в международном арбитраже. Этот принцип лежит в основе всех положений Правил МАЮ о доказательствах. Рабочая группа 1999 года отмечала, что поскольку международный арбитраж становится все сложнее и размер споров также возрастает, очень важно для сторон и составов арбитража найти способы разрешения споров наиболее эффективным и наименее затратным способом. Подкомитет по редактированию 2010 года пересмотрел это предложение, дополнив его принципом справедливости. Это изменение идет рука об руку с изменением в пункте 3 Преамбулы, который теперь включает требование, что каждая из сторон должна действовать «добросовестно» при получении доказательств в соответствии с Правилами МАЮ. По усмотрению состава арбитража нарушение требования о добросовестности может привести к последствиям, указанным в статьях 9.6, 9.7 и 9.8.

iii. Разработчики признают, что не существует одного идеального способа проведения любого арбитражного разбирательства, и что безусловным достоинством международного арбитража является присущая ему гибкость. Поэтому они посчитали важным специально отметить в пункте 2 Преамбулы, что Правила МАЮ о доказательствах не стремятся ограничить гибкость. В самом деле, как указано в данном пункте, Правила МАЮ о доказательствах должны использоваться сторонами и составами арбитража таким образом, который лучше всего подходит именно им.

iv. Преамбула отмечает основополагающий принцип Правил МАЮ о доказательствах, что получение доказательств должно основываться на принципе, что каждая сторона «вправе в разумный срок до проведения Слушания по доказательствам, а равно принятия решения по какому-либо факту или по существу дела, ознакомиться с доказательствами, на которые ссылаются другие Стороны». Этот принцип проникает во все положения Правил МАЮ о доказательствах. Соответственно, правила об обмене документами, свидетельскими показаниями, и экспертными заключениями, среди прочего, призваны обеспечить каждой стороне и составу арбитража получение значимой информации в отношении доказательств каждой из сторон разбирательства.

## Определения

Секция «Определения» в Правилах МАЮ о доказательствах устанавливает дефиниции основных понятий, используемых в Правилах. Определения в основном очевидные и используют общепринятое значение соответствующих выражений. Сами определения не содержат каких-либо правил поведения или представления доказательств.

Среди менее распространенных понятий можно выделить термин «Основные правила». В контексте Правил МАЮ о доказательствах этот термин используется для обозначения институциональных регламентов или регламентов арбитража *ad hoc*, на основании которых стороны ведут свое арбитражное разбирательство (таких как арбитражные регламенты ICC, AAA, LCIA, SIAC, HKIAC, ЮНСИТРАЛ или ICSID). Этот термин используется в статьях 1.3 и 1.5, которые касаются, помимо прочего, противоречий между Правилами МАЮ о доказательствах и иными правилами, применяющимися к арбитражному процессу.

Определение термина «Документ» в Правилах МАЮ 1999 года было уже достаточно широким, чтобы включить большинство форм электронных доказательств. Подкомитет по редактированию 2010 года включил небольшие изменения, чтобы все формы доказательств, в том числе электронных, охватывались Правилами МАЮ и могли быть истребованы, (i) при условии соблюдения условий статьи 3.3, включая соответствие требованию об их относимости и существенности для исхода спора, а также (ii) при условии отсутствия оснований для удовлетворения возражений в соответствии со Статьей 9.

Рабочая группа 2020 года добавила определение термина «Дистанционное слушание», который используется в новой статье 8.2. Данное определение отражает тот факт, что слушания, не будучи «виртуальными» в обычном смысле слова, могут все чаще проводиться полностью или в какой-либо части с использованием телефонной связи или видеоконференции, или использованием иных способов связи, позволяющих всем или части участников участвовать в заседании из разных мест. Положение статьи 8.2, которое призывает установить протокол Дистанционного слушания и предлагает вопросы, которые могут регулироваться таким протоколом, применяется ко всем таким формам Дистанционного слушания.

## Статья 1 – Сфера применения

Международные арбитражные разбирательства подчиняются Основным правилам, устанавливающим процессуальную структуру разбирательства и императивным предписаниям законодательства места арбитража, касающимся арбитражной процедуры. Поэтому, хотя Правила МАЮ о доказательствах и писались, чтобы соответствовать основным институциональным регламентам и регламентам арбитража *ad hoc*, которые обычно выбирают стороны, это не исключает возможных противоречий с иными арбитражными регламентами, избранными сторонами («Основными правилами», как они названы в Правилах МАЮ о доказательствах) или с императивными предписаниями законодательства. Статья 1 устанавливает несколько базовых принципов в отношении того, каким образом составы арбитража должны применять Правила МАЮ о доказательствах в случае возникновения противоречий с Общими правилами или применимым законодательством.

В случае противоречия Правил МАЮ о доказательствах и императивных предписаний применимого законодательства, применяться должно законодательство.

В случае противоречия между Правилами МАЮ о доказательствах и Основных правил (т.е. институционального регламента или правил арбитража *ad hoc*, избранных сторонами), стороны вправе в соответствии с принципом автономии воли сторон, являющимся центральным для международного арбитража, разрешить противоречие по своему усмотрению (при условии наличия согласия обеих сторон). В отсутствие такого соглашения, состав арбитража должен попробовать

согласовать оба свода правил между собой, насколько это возможно. Статьи 1.1, 1.3 и 1.5 отдают приоритет Правилам МАЮ о доказательствах перед Основными правилами, поскольку соглашение о применении Правил МАЮ о доказательствах обычно является специальным соглашением в отношении предоставления и использования доказательств. Однако, Рабочая группа 2020 года внесла дополнение «насколько это возможно» в статью 1.3, поскольку признала возможность существования ситуации, когда противоречия между правилами и арбитражем регламентом могут сделать невозможным одновременное достижения целей обоих сводов правил.

В случае возникновения спора в отношении значения положений Правил МАЮ о доказательствах или если Правила МАЮ о доказательствах и Основные правила не регулируют какой-либо вопросы, Правила МАЮ о доказательствах предписывают составу арбитража руководствоваться при разрешении процедурных вопросов целями или общие принципы Правил МАЮ о доказательствах, в частности, теми, которые содержатся в Преамбуле, насколько это возможно.

Как указано выше, Правила МАЮ о доказательствах могут использоваться как в коммерческих, так и в инвестиционных спорах. Однако, Правила МАЮ о доказательствах не содержат каких-либо специальных правил для инвестиционного арбитража, например, касающихся участия *друзей суда* (*amici curiae*).

Статья 1.2 устанавливает, что стороны, которые договорились о применении Правил МАЮ о доказательствах до 29 мая 2010 года (даты принятия изменений 2010 года) или до 17 декабря 2020 года (даты принятия изменений 2020 года), признаются согласовавшими применение предыдущей версии правил, если отсутствуют доказательства иного. Поскольку Правила МАЮ о доказательствах могут меняться и в дальнейшем, стороны, предпочитающие применение версии Правил МАЮ о доказательствах, действующей на момент арбитражного разбирательства, должны рассмотреть возможность включения соответствующего положения в арбитражную оговорку (см. рекомендуемую арбитражную оговорку во Введении к Правилам МАЮ о доказательствах). Рабочая группа 2020 года уточнила в статье 1.2, что Стороны могут договориться о применении Правил МАЮ о доказательствах целиком или только в определенной части, как указано в Преамбуле к Правилам МАЮ о доказательствах.

## **Статья 2 – Консультации по вопросам предоставления доказательств**

Пересмотр правил в 2010 году включал внесение дополнения в статью 2. Подкомитет по редактированию 2010 года внимательно рассмотрел вопрос о необходимости внесения изменений или дополнений в Правила МАЮ о доказательствах в ответ на увеличение размера и сложности арбитражных споров и вопросов о доказательствах в таких спорах. После изучения различных внутренних и международных арбитражных регламентов и процедур, Подкомитет по редактированию 2010 года согласился на применение подхода «встретиться и обсудить».

Статья 2.1 устанавливает обязательную консультацию между составом арбитража и сторонами «на наиболее раннем этапе разбирательства». Как правило, такая консультация совпадает со временем с проведением организационного совещания или ранним обменом мнениями в процессе. Раннее обсуждение этих вопросов позволяет участникам организовать работу с доказательствами эффективным, экономичным и справедливым образом. Однако, если вопросы о доказательствах еще не достаточно понятны на ранней стадии процесса, состав арбитраж может отложить проведение такого совещания или обмена мнениями.

Вопросы о доказательствах, которые могут обсуждаться в соответствии со статьей 2.1 включают те, что приводятся в статье 2.2, но не ограничиваются ими. Рабочая группа 2020 года также добавила фразу «насколько это применимо» в вводном предложении статьи 2.2, чтобы подчеркнуть, что состав арбитража и стороны могут не использовать некоторые из способов доказывания, перечисленные в статье 2.2. Хотя статья 2 устанавливает рамки для обсуждения вопросов о

доказательствах, она не предписывает каким образом доказательства должны получаться и использоваться в конкретном арбитражном разбирательстве. Например, в конкретном арбитражном разбирательстве состав арбитража и стороны могут решить не требовать раскрытия электронных доказательств. С другой стороны, если они определяют, что сбор доказательств в электронном виде будет способствовать эффективной, экономичной и справедливой работе с доказательствами, желательно как можно раньше обсудить связанные с этим детали, в частности, форму раскрытия таких доказательств (статья 3.12(b)) и формулировки требований о раскрытии через указание на конкретные файлы, поисковые термины, авторов файлов или иные способы поиска документов наиболее эффективным и экономичным путем (статья 3.3(a)(ii)).

Консультация, предусмотренная в статьях 2.2(c) и (d) может касаться использования различных техник получения доказательств, например, использования специальных таблиц для заявления ходатайств и возражений в отношении раскрытия Документов, или использования журналов документов, защищенных юридическим запретом или привилегией, чтобы указывать на конкретные документы, которые не раскрываются на основании, например, юридического запрета или привилегии, и/или вымарывание определенной информации из документов, чтобы не допустить раскрытия защищенной информации.

Рабочая группа 2020 года дополнила статью новым положением (статья 2.2(e)), чтобы подчеркнуть желательность рассмотрения на ранней стадии вопросов защиты данных, включая вопросы кибербезопасности и защиты информации. Среди источников, которые могут оказаться полезными для сторон и составов арбитража при рассмотрении этих вопросов можно обратить внимание на Дорожную карту Международного совета коммерческого арбитража и МАЮ по защите данных в международном арбитраже (ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration)<sup>4</sup> и Протокол о кибербезопасности в международном арбитраже, подготовленный Международным советом коммерческого арбитража, Адвокатской палатой Нью-Йорка и Международным институтом предотвращения и разрешения конфликтов (ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration)<sup>5</sup>.

Статья 2.2(f) ориентирует на обсуждение способов сэкономить время и деньги в арбитраже. Она также ориентирует на экономию ресурсов в связи с получением доказательств, что может включать в себя, например, рассмотрение экономического и экологического эффектов от командировок или копирования документов (включая загрузку документов на онлайн-платформы).

Статья 2.3 (пункт 3 Преамбулы Правил 1999 года) также поощряет состав арбитража как можно раньше указывать сторонами на те вопросы, которые состав арбитража может посчитать относящимися к делу и значимыми для его исхода. Этот пункт также отмечает, что разрешение отдельных вопросов в качестве вопросов предварительного характера может быть желательным в определенных обстоятельствах. Хотя Рабочая группа 1999 года не хотела поощрять заявление множественных ходатайств по различным поводам, как это принято в судах, она признавала, что в некоторых случаях определенные вопросы могут способствовать разрешению по существу всего дела или какой-то его части. В таких обстоятельствах Правила МАЮ о доказательствах прямо указывают, что состав арбитража вправе рассмотреть эти вопросы в первую очередь, чтобы избежать потенциально ненужной работы в дальнейшем.

### **Статья 3 – Документы**

Статья 3 касается документов, которые стороны намереваются представить в качестве доказательств в арбитражном разбирательстве.

---

<sup>4</sup> [https://www.arbitration-icca.org/publications/ICCA\\_Report\\_N7.html](https://www.arbitration-icca.org/publications/ICCA_Report_N7.html)

<sup>5</sup> [https://www.arbitration-icca.org/publications/ICCA\\_Report\\_N6.html](https://www.arbitration-icca.org/publications/ICCA_Report_N6.html)

Данная статья говорит о трех группах документов: (1) документы во владении стороны; (2) документы, которые сторона хочет использовать в качестве доказательств, но не может предоставить сама, поскольку они либо находятся во владении другой стороны арбитражного разбирательства либо во владении третьей стороны, находящейся за периметром арбитражного разбирательства; и (3) документы, которая ни одна из сторон не представила и не намеревается представлять в качестве доказательств в арбитражном разбирательстве, но которые состав арбитража считает относимыми и существенными для исхода дела. Кроме того, статья 3 содержит несколько общих принципов использования документов в качестве доказательств сторонами и составами арбитража.

Как отмечается ниже, многие вопросы, касающиеся раскрытия документов, зачастую будут разрешаться наилучшим образом при проведении консультации между сторонами на ранней стадии процесса – в соответствии со статьей 2.1 или в иной момент в процессе рассмотрения спора. Такие вопросы включают, в частности: кибербезопасность и защиту данных, обязательства по сбору и сохранению документов, формат раскрытия, а также использование журналов документов, защищенных юридическим запретом или привилегией, или иных способов указания на привилегированные документы, не подлежащие раскрытию.

### *Раскрытие доказательств во владении одной из сторон*

Правила МАЮ о доказательствах начинаются с принципа, который подчеркивается во многих арбитражных регламентах – что каждая сторона должна представить в качестве доказательств те документы, которые имеются у нее в распоряжении и на которые она намерена сослаться<sup>6</sup>. Это положение отражает принцип, который признается как в правовых порядках континентальной, так и англосаксонской традиций, что стороны несут бремя представления доказательств, подтверждающих их позиции.

Статья 3.1 содержит фразу «в пределах установленного составом арбитража срока». Эта фраза повторяется в Правилах МАЮ о доказательствах во всех случаях, когда стороны должны предпринять какие-либо действия. Рабочая группа 1999 года посчитала, что наиболее эффективным будет обеспечить максимальную гибкость графиков для сторон и состава арбитража. Поэтому в Правилах МАЮ о доказательствах сроки оставляются на усмотрение состава арбитража в каждом случае. При этом, конечно, подразумевается, что состав арбитража консультируется со сторонами при установлении сроков. Например, в отношении изначального представления документов, на которые каждая из сторон намеревается сослаться, сроки представления таких документов могут меняться в зависимости от того, как четко спорные вопросы артикулированы в изначальных письменных позициях сторон. Сроки также будут, разумеется, меняться в зависимости от сложности спора, ресурсов и места нахождения сторон и обстоятельств конкретного спора.

После такого изначального раскрытия документов, на которые каждая из сторон планирует сослаться, после получения от другой стороны, например, свидетельских показаний или экспертных заключений стороне может потребоваться представить дополнительные документы, чтобы опровергнуть заявленные доводы. Статья 3.11 предусматривает такой второй раунд представления документов, имеющихся в распоряжении стороны. Опять-таки, состав арбитража должен определить, когда такой второй раунд обмена документами должен иметь место.

---

<sup>6</sup> См. статью 23 Типового закона ЮНСИТРАЛ; статью 27(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, статью 22(1) Арбитражного регламента НКІАС, статью 21(3) Арбитражного регламента ICDR, статью 33 Арбитражного регламента ICSID, статьи 15(2) – 15(5) Арбитражного регламента LCIA, статьи 29(1) и 29(2) Арбитражного регламента SCC, статьи 41(с) и 42(с) Арбитражного регламента ВОИС.

### *Документы во владении противоположенной стороны*

Вопрос о том, может ли одна сторона запросить раскрытие документов другой стороной и, если может, то на каких условиях, занял значительное время в обсуждениях Рабочей группы 1999 года. Накал обсуждения этого вопроса показал, что раскрытие доказательств являлось одним из ключевых различий между подходами практиков из континентальной и англосаксонской систем права. Обсуждение обеспечило сбалансированный подход, который лег в основу Правил МАЮ о доказательствах и был принят широким кругом специалистов как из стран общего права, так и из стран континентального права. Текущая версия Правил МАЮ о доказательствах сохраняет этот сбалансированный подход.

### *Принципы*

Рабочая группа 1999 года смогла договориться о ряде принципов, определяющих процедуру раскрытия документов, поскольку лучшие практики ведения международных арбитражных разбирательств могут быть и на самом деле были в значительной степени гармонизированы. Рабочая группа 1999 года руководствовалась следующими принципов:

Обширное раскрытие документов в американском (или английском) процессуальном стиле по общему правилу не подходит для международного арбитража. Обычно ходатайство о раскрытии документов должно быть специально заточено под вопросы, которые являются относимыми и существенными для разрешения спора.

В то же время, однако, предполагалось, что существует общий консенсус, даже среди представителей континентальной правовой традиции, что определенный уровень раскрытия доказательств в международном арбитраже нужен. В соответствии с наиболее распространенными арбитражными регламентами составы арбитража должны установить факты дела с использованием всех подходящих способов<sup>7</sup>. Это включает в себя полномочия состава арбитража предписать одной из сторон представить определенные документы, включая внутренние документы, в материалы дела по запросу другой стороны. Даже в некоторых странах континентального права государственный суд может предписать предоставить внутренние документы стороны либо по запросу другой стороны, либо если сам суд посчитает эти документы необходимыми.

Правила МАЮ устанавливают, что ходатайство о предоставлении документов должно направляться как составу арбитража, так и другой стороне. Для начала сторона должна раскрыть все документы, находящиеся в ее распоряжении, ведении или под ее контролем, в отношении предоставления которых такая сторона не заявляет возражений (статья 3.4). Однако, решение в отношении объема раскрытия документов – то есть о том, должна ли сторона раскрывать свои документы в рамках арбитражного разбирательства против своей воли – лежит исключительно в юрисдикции состава арбитража. Соответственно, только состав арбитража может принять решение по ходатайству о предоставлении документов, если запрашиваемая сторона отказывается раскрывать такие документы добровольно.

Объем допустимого ходатайства о предоставлении документов также ограничивается теми возражениями, которые описаны в статье 9.2 и (с учетом дополнений, внесенных Рабочей группой 2020 года) статье 9.3 (см. более подробное обсуждение этих возражений ниже), а также необходимостью выполнить требования к такому ходатайству, описанные в статье 3.3. Сторона может заявить любое из оснований для возражений против ходатайства о предоставлении документов. В этом случае состав арбитража может сначала предложить сторонам провести консультации друг с другом с целью разрешения противоречий (статья 3.6).

---

<sup>7</sup> См., например, статью 25(1) Арбитражного регламента ICC; статью 22(1)(iii) Арбитражного регламента LCIA.

Если возражения не снимаются по результатам проведения таких консультаций, любая сторона может попросить состав арбитража принять решение в отношении того, обоснованы ли какие-либо из заявленных возражений, а также решение по самому ходатайству о предоставлении документов (статья 3.7). Состав арбитража должен предписать стороне раскрыть документы, если полагает, что, во-первых, вопросы, которые запрашивающая стороны желает обосновать, относятся к делу и является существенными для его разрешения, во-вторых, что нет оснований для удовлетворения возражений, указанных в статьях 9.2 и 9.3, и, в-третьих, что ходатайство соответствует требованиям, установленным в статье 3.3.

Правила, содержащиеся в статьях 3.2 – 3.8, следуют из описанных выше принципов. Эта правила касаются ходатайств о предоставлении документов другой стороной и представляют собой взвешенный компромисс между более широкой обязанностью по раскрытию документов, характерной для англосаксонского права, и сравнительно ограничительным подходом стран континентальной правовой традиции. Правила МАЮ о доказательствах могут быть особенно полезными поэтому в разбирательствах между сторонами из разных правовых традиций. Сторона из континентальной Европы, например, может сослаться на Правила в попытке ограничить неоправданно широкий запрос о раскрытии документов от стороны из юрисдикции общего права. При этом англосаксонский юрист может использовать Правила МАЮ о доказательствах, чтобы добиться от стороны из континентальной Европы раскрытия документов, который такая сторона может на захотеть предоставить.

### *Процедура*

Обычно после изначального обмена в соответствии со статьей 3.1 документами, на которые каждая из сторон намерена сослаться, любая из сторон может заявить ходатайство о предоставлении документов. Согласно статье 3.2 это ходатайство должно быть подано в рамках сроков, определенных составом арбитража. Хотя обычно такие ходатайства подаются в рамках отдельной фазы процесса, статья 3.2 не исключает возможности сторонам договориться или составу арбитража указать, что ходатайства о предоставлении документов (и соответственно раскрытие документов) могут иметь место несколько раз на протяжении процесса по мере развития позиций сторон. Иногда ходатайства о раскрытии документов могут быть обоснованы еще до представления развернутых позиций сторон по спору, например, если истец не имеет более доступа к документам вследствие обстоятельств вне его контроля, скажем, в случае экспроприации его активов.

Статья 3.3 устанавливает некоторые требования, касающиеся содержания ходатайства о предоставлении документов, которые в целом нацелены на то, чтобы ходатайство максимально точно описывало документы, подлежащие раскрытию. Статья 3.3 должна исключить так называемую «охоту за сокровищами» (“fishing expedition”)<sup>ii</sup>, позволяя при этом сторонам запросить документы, которые могут быть в достаточной степени идентифицированы и в отношении которых можно сказать, что они относятся к спору и являются существенными для его разрешения. Эта определенность информации, которая должна включаться в ходатайство в соответствии со статьей 3.3 также должна помочь запрашиваемой стороне решить, планирует ли она исполнить запрос добровольно (как предусмотрено статьей 3.4) или заявить возражения (статья 3.5). Кроме того, если запрашиваемая сторона заявляет возражение, содержащаяся в ходатайстве информация

---

<sup>ii</sup> Примечание переводчиков: термином “fishing expedition” описывается обычно попытка получить доступ к как можно большему объему материалов, имеющихся у другой стороны, в надежде в результате изучения таких материалов найти что-то полезное для своей позиции или компрометирующее позицию другой стороны. То есть, предпринимая такие действия, сторона не знает, что именно удастся обнаружить и получится ли выудить что-то полезное, а просто забрасывает широкий невод на удачу. Мы посчитали, что термин «охота за сокровищами» в целом неплохо описывает указанное упражнение.

должна позволить составу арбитража принять решение, следует ли удовлетворить ходатайство в соответствии с условиями, указанными в статье 3.7.

Ходатайство о предоставлении документов должно (i) указывать испрашиваемый документ или документы с достаточно детальным описанием; (ii) объяснять, почему испрашиваемые документы относятся к делу и являются существенными для его разрешения; и (iii) указывать, что испрашиваемые документы не находятся во владении запрашивающей стороны (с одним исключением), и причины, по которым запрашивающая сторона полагает, что документ находится во владении другой стороны. В качестве компромисса между англосаксонским и континентальным подходами ходатайство о предоставлении документов может идентифицировать документы либо через описание конкретного документа (статья 3.3(a)(i)), либо через описание «с достаточной степенью подробности (включая предмет)... узкой категории запрашиваемых Документов, существование которых можно обоснованно предполагать» (статья 3.3(a)(ii)). Описание конкретного документа в целом не должно возникать сложностей. Правила МАЮ о доказательствах просто требуют, чтобы приводилось описание «достаточное для идентификации» документа. Статья 3.3 не устанавливает конкретный формат для ходатайства о предоставлении документов. На практике составы арбитража часто просят стороны использовать таблицы, которые в рамках одного документа показывают все элементы ходатайства, требуемые в соответствии со статьей 3.3, и возражения в соответствии со статьей 3.5, и в которую состав арбитража может также вписать решение на основании статьи 3.7.

Однако возможность для сторон запрашивать категории документов привела к определенным дебатам. Рабочая группа 1999 года и Подкомитет по редактированию 2010 года не хотели открывать возможности для «охоты за сокровищами». Однако было понятно, что некоторые документы могут быть относимыми и существенными для исхода дела и должны раскрываться стороной, но не смогут быть обозначены индивидуально. В самом деле, все члены Рабочей группы 1999 года и Подкомитета по редактированию 2010 года (как из стран континентальной системы права, так и из стран общего права) признавали, что арбитры, как правило, удовлетворяют такой запрос, если он направлен на раскрытие относимых и существенных для исхода дела документов. Например, если арбитражное разбирательство касается расторжения одной стороной договора о совместном предприятии, другая сторона может знать, что уведомление о расторжении было направлено в определенную дату, что совет директоров расторгнувшей стороны должен был принять решение о расторжении на заседании незадолго до направления уведомления, что определенные документы должны были готовиться для рассмотрения советом директоров при принятии такого решения и что должен был быть составлен соответствующий протокол о принятии такого решения. При этом запрашивающая сторона не может указать конкретные даты или авторов соответствующих документов, но может указать с определенной точностью природу запрашиваемых документов и промежуток времени, в рамках которого они должны были быть составлены. Такой запрос может подпасть под «конкретную узкую категорию запрашиваемых Документов», как предусмотрено в статье 3.3(a)(ii).

Поскольку документы в электронной форме стали играть более существенную роль в международной коммерции и, как следствие, в разрешении споров и поскольку их раскрытие может быть обременительным для запрашивающей стороны, Подкомитет по пересмотру 2010 года ввел в статье 3.3(a)(ii) способ для сторон более четко определить узкую и конкретную категорию документов, сохраняемых в электронном виде. По решению самой стороны или по указанию состава арбитража электронные документы могут быть идентифицированы дополнительно указанием на имя файла, конкретные поисковые термины, лиц (например, определенных владельцев или авторов) и иные способы поиска документов эффективным и экономичным способом (статья 3.3(a)(ii)). Измененные в 2010 году Правила не определяют вопрос о том, должны ли электронные документы раскрываться в конкретном арбитражном разбирательстве. Правила только

устанавливают структуру для этого на случай, если стороны соглашаются на раскрытие таких документов или их раскрытие предписывается составом арбитража.

Как упоминалось выше, положения статьи 3.3(b) и (c) также выступают сдерживающим фактором в случае с любым запросом документов. Так, применительно к статье 3.3(b), содержание любого запрашиваемого документа должно быть одновременно «относящимся к делу» и «существенным для его разрешения». Более того, связь между документами и соответствующими вопросами спора должна быть с достаточной точностью отражена в ходатайстве о предоставлении документов с тем, чтобы состав арбитража мог понять цель, для которой ходатайствующая сторона просит представить подобные документы. Статья 3.3(c) далее устанавливает, что ходатайствующая о предоставлении документов сторона должна указать, что запрашиваемые документы не находятся в ее владении, для того, чтобы исключить необоснованное притеснение другой стороны. Статья 3.3(c)(i) Правил МАЮ о доказательствах в редакции 2010 года признает одно исключение из этого принципа. В эпоху электронного документооборота вероятность ситуации, при которой сторона полностью удаляет определенный документ из своих записей, планомерно снижается, поскольку соответствующий документ может продолжать существовать в электронном виде в рамках средств резервного копирования либо в электронных архивах. В ситуациях, когда документ более не является легко доступным, например, если информация уже перемещена в архивные данные, представление такого документа другой стороной может являться менее ресурсоемким и затратным.

В рамках Правил МАЮ о доказательствах 1999 года, представленные по ходатайству документы должны были быть направлены не только другим сторонам арбитражного разбирательства, но и составу арбитража. Смысл такого порядка заключался в том, что любые представленные документы автоматически станут частью материалов дела, а личная заинтересованность сторон будет в свою очередь ограничивать объем собственного запроса документов. Это правило было пересмотрено в 2010 году в свете наличия мнений, что арбитрам не всегда представляется эффективным изучать весь объем документов на стадии их представления. Таким образом, существовавшее по умолчанию правило было изменено с тем, чтобы документы были изначально представлены другим сторонам разбирательства, а составу арбитража – только по его запросу.

Учитывая требования к содержанию ходатайств о предоставлении документов, вероятно они могут заявляться только когда спорные вопросы станут достаточно понятными в рассматриваемом деле. Непосредственное время заявления такого ходатайства определяется составом арбитража. В обычной ситуации оно будет зависеть от особенностей первоначальных позиций сторон в деле, Актов о полномочиях либо иных документов, определяющих круг вопросов для разрешения в рамках разбирательства.

Сторона, желающая возразить против всего ходатайства или сократить объем запрошенной информации должна представить свои возражения в письменной форме в пределах срока, определенного составом арбитража. Как уже упоминалось, причины таких возражений должны быть основаны на положениях статей 9.2 и 9.3 Правил МАЮ о доказательствах (описываются ниже) либо на несоблюдении требований статьи 3.3. Поскольку на практике составы арбитражей зачастую допускают представление сторонами ответов на возражения (которые могут разрешить спор либо сузить оспариваемый запрос), Рабочая группа 2020 года дополнила статью 3.5 последним предложением, согласно которому запрашивающая сторона наделяется правом ответа на любые представленные возражения, если это разрешено составом арбитража.

Если сторона заявляет возражения, то состав арбитража должен принять решение по ходатайству о предоставлении документов. Из текста Правил МАЮ о доказательствах следует, что состав арбитража может перед принятием такого решения предоставить сторонам возможность провести консультации между собой в целях разрешения возражений собственными силами (статья 3.6). Консультация между сторонами в некоторых случаях может оказаться более эффективным

инструментом для разрешения таких возражений, особенно если они связаны с недостаточностью описания испрашиваемых документов и другими пороками формы ходатайства.

На практике консультации между сторонами – как в соответствии со статьей 3.6, так и до направления возражений на ходатайство составу арбитража – могут позволить ускорить процесс представления документов и избежать длительных споров в отношении раскрытия доказательств. Например, раскрывающая сторона может иметь возможность раскрыть документ, предоставление которого будет менее обременительным, чем раскрытие запрошенного другой стороной документа, и в котором будет содержаться та же информация, которая интересует другую сторону. Схожим образом, стороны могут прийти к соглашению о сужении объема изначального ходатайства вместо того, чтобы продолжать спор по соответствующим возражениям перед составом арбитража.

Если стороны все же представляют возражения для разрешения составом арбитража, последний должен «своевременно» разрешить вопрос об обоснованности всех либо некоторых возражений. Рабочая группа 2020 года устранила требование, ранее содержащееся в статье 3.7, согласно которому состав арбитража совещался со сторонами после получения ходатайств о предоставлении документов и соответствующих возражений, поскольку на практике состав арбитража может принять решение (и как правило принимает такое решение) на основании письменных ходатайства и возражений без дальнейшего заслушивания сторон. Состав арбитража удовлетворяет ходатайство о предоставлении документов только в случае, если установит, что (i) «запрашиваемые Документы относятся к делу и являются существенными для его разрешения», (ii) «ни одно из оснований для возражений, предусмотренных статьями 9.2 или 9.3, не применимо» и (iii) «условия, предусмотренные статьей 3.3, выполнены». Третье из требований было добавлено в рамках пересмотра правил в 2010 году.

Сторонам и составу арбитража следует обсудить перед началом процедуры раскрытия, будет ли в случае отказа раскрыть документы со ссылкой на юридический запрет или привилегии (см. статью 9.2(b)) необходимым предоставление журнала документов, защищенных юридическим запретом или привилегией, или аналогичного документа с описанием не подлежащих раскрытию документов, либо документы все же придется предоставить, и какая именно информация должна будет в них содержаться в таком случае.

Порой возражения в отношении предоставления документов по основаниям юридического запрета или привилегии, коммерческой конфиденциальности либо особого политического или институционального значения (см. статьи 9.2(b), (e) и (f)) могут требовать от состава арбитража предварительного самостоятельного изучения таких документов без раскрытия их запрашивающей стороне. Предпочтительно чтобы состав арбитража не изучал такие документы самостоятельно по соображениям конфиденциальности. Кроме того, если после изучения документа состав арбитража поддержит заявленные возражения против представления документов, то он уже не сможет устранить собственное знание о содержании изученных им документов. Для таких случаев Статья 3.8 предусматривает, что в подобных «исключительных обстоятельствах», при которых состав арбитража посчитает, что он не должен самостоятельно изучать документы, он может назначить независимого и беспристрастного эксперта, для изучения таких документов и дачи своего заключения по возражениям. На такого эксперта должно быть возложено обязательство по сохранению конфиденциальности. В иных обстоятельствах, например, если сроки и стоимость имеют решающее значение, состав арбитража может тем не менее решить изучить такие документы самостоятельно.

Указанный эксперт не обязательно назначается в соответствии со статьей 6. Несмотря на то, что эксперт предоставит отчет по заявленным возражениям, именно состав арбитража принимает окончательное решение об их обоснованности. В случае если возражения поддержаны составом арбитража, эксперт должен вернуть документ предоставившей его стороне, и такой документ не будет использоваться в арбитражном разбирательстве. Если же возражения отклонены, то

представившая документ сторона должна также передать его другим сторонам в соответствии с запросом. При любом из этих вариантов эксперт обязан сохранять конфиденциальность информации, ставшей известной ему в результате изучения документа.

### *Запрос состава арбитража о предоставлении документов*

Правила МАЮ о доказательствах также допускают, что состав арбитража может потребовать предоставления документов, которые посчитает относящимися к делу и существенными для его разрешения, либо разрешить сторонами или попросить стороны приложить максимальные усилия для получения таких документов.

Прежде всего следует пояснить, сторона может запросить раскрытие документов от лица либо организации, не являющихся участником арбитражного разбирательства. Некоторые законы об арбитраже допускают осуществление составом арбитража определенных шагов для получения документов от не участвующих в разбирательстве лиц, например, путем направления повесток. Таким образом, статья 3.9 наделяет стороны правом просить состав арбитража «предпринять любые допустимые законом меры для получения запрашиваемых Документов либо разрешить ей предпринять данные меры самостоятельно», если состав арбитража считает, что такие документы «относятся к делу и являются существенными для его разрешения», требования статьи 3.3 соблюдены и ни одно из оснований для возражений из статей 9.2 и 9.3 не применимо.

Кроме того, поскольку ряд арбитражных регламентов требуют от состава арбитража устанавливать обстоятельства спора любыми доступными средствами<sup>8</sup>, состав арбитража должен также иметь возможность обязать сторону раскрыть документы, которые еще не предоставлялись в качестве доказательств в разбирательстве (см. статью 3.10) либо самостоятельно предпринять действия или предписать любой из сторон предпринять все возможные усилия для получения документов от любых третьих лиц или организаций. Контроль над такой процедурой должен оставаться за составом арбитража. В некоторых обстоятельствах у стороны может быть больше возможностей осуществить необходимые действия, например, если она находится в соответствующем государстве. Сторона, которой направлено такое предписание состава арбитража, тем не менее, имеет право заявить возражения согласно статьям 9.2 и 9.3, как если бы документы были запрошены противоположной стороной.

Рабочая группа 2020 года внесла в статью 3.10 уточнение, что любая из сторон, а не только сторона, к которой адресовано ходатайство о предоставлении документов, вправе заявить возражения. Это связано с тем, что возможны ситуации, при которых документы истребуются у одной стороны, в то время как в отношении этих документов у другой стороны есть, например, требования о соблюдении режима тайны либо конфиденциальности. Если такие возражения заявлены, то состав арбитража должен разрешить вопрос в порядке, упомянутом выше.

### *Форма подачи или предоставления документов*

Рабочая группа 2020 года уточнила в начале статьи 3.12, что положения статьи 3.12 применяются только в случаях, когда стороны не договорились иначе или состав арбитража не дал иных указаний. Эта оговорка была введена в Правила МАЮ о доказательствах в редакции 2010 года лишь применительно к статье 3.12(b) и частично к статье 3.12(c), однако Рабочая группа посчитала необходимым распространить ее действие на все четыре пункта статьи 3.12.

### *Копии*

Правила МАЮ о доказательствах разрешают предоставление и подачу документов в форме их копий вместо оригиналов. Конечно, копии при этом должны полностью соответствовать оригиналу

---

<sup>8</sup> Статья 25(1) Арбитражного регламента ICC; статья 22(1)(iii) Арбитражного регламента LCIA.

(статья 3.12(a)). Состав арбитража может затребовать оригиналы документов в любое время, в связи с чем, если сторона полагает, что копия документа не полностью соответствует оригиналу, она может обратиться с просьбой к составу арбитража об истребовании соответствующего оригинала.

Поскольку электронный обмен и хранение документов зачастую приводит к возникновению множественных копий одного и того же документа, текст Правил МАЮ о доказательствах в редакции 2010 года устанавливает, что сторона не обязана предоставлять множество копий документов, которые «по существу идентичны», если только состав арбитража не решит иначе (статья 3.12(c)). В некоторых случаях множественные копии все же могут иметь индивидуальное значение для спора. В других случаях предоставление множества копий одного и того же документа может необоснованно увеличить расходы другой стороны на изучение документов и тем самым даже входить в противоречие с обязанностью сторон действовать добросовестно в вопросах доказывания (пункт 3 Преамбулы).

### *Форма предоставления электронных документов*

Стоимость сбора доказательств в электронной форме может сильно отличаться в зависимости от того, в какой именно форме документы должны предоставляться. Так, в отсутствие соглашения между сторонами либо указания составом арбитража иной формы Правила МАЮ о доказательствах в редакции 2010 года устанавливают, что электронные документы должны раскрываться в форме, наиболее удобной или экономичной для раскрывающей стороны, при условии, что другая сторона сможет пользоваться такими электронными документами (статья 3.12(b)). Таким форматом как правило не будет являться оригинальный формат с полными метаданными, поскольку такой формат зачастую оказывается необоснованно дорогим и неудобным. Если в рамках арбитража предполагается раскрытие информации в электронной форме, формат предоставления такой информации должен стать предметом обсуждения на ранней стадии в рамках консультаций в порядке статьи 2.1 (см. статью 2.2(c)) либо иным образом до соответствующего предоставления документов. Подлежащие обсуждению вопросы формата предоставляемых документов могут включать, например: сохранение структуры групп документов, необходимых полей метаданных, предоставление определенных типов файлов в оригинальном формате (например, презентаций и больших таблиц), протокол вымарывания информации из документов (включая, таблицы), а также подготовка индексов либо меток раскрытия для целей их предоставления вместе с документами.

### *Переводы*

Статья 3.12(d) устанавливает, что раскрываемые в ответ на ходатайство документы по общему правилу не требуют перевода. В тех случаях, когда документы подаются в арбитраж в качестве доказательств и они составлены на языке, отличном от языка разбирательства, статья 3.12(e) требует сопровождать такие документы переводами. Такое различие в предоставлении документов в ответ на ходатайство и документов, поданных в качестве доказательств в арбитраж, было введено Рабочей группой 2020 года в целях уточнения текста, а также для более точного отражения преобладающей практики, при которой документы, предоставляемые в ответ на соответствующий запрос, обычно не требуют перевода на язык арбитражного разбирательства. Правила МАЮ о доказательствах не покрывают вопрос о том, могут ли отдельные документы быть переведены только в части, а также вопросы разрешения споров в отношении переводов либо времени предоставления переводов.

Рабочая группа 2020 года уточнила, что все положения статьи 3.12 (относящиеся к форме подачи или предоставления документов, переводов и прочего) применяются, если стороны не согласовали иное либо состав арбитража не решил иначе.

### *Конфиденциальность*

И первоначальные члены Рабочей группы 1999 года, и Подкомитет по редактированию 2010 года подробно обсуждали вопросы применения режима конфиденциальности к документам, предоставляемым в рамках Правил МАЮ о доказательствах. Вопрос о пределах режима конфиденциальности в арбитражном процессе до сих пор остается дискуссионным, в частности – в отношении арбитражей в сфере интеллектуальной собственности и инвестиционных споров. Рабочая группа 1999 года решила, что Правила МАЮ о доказательствах не должны преследовать цель изменений развивающихся стандартов режима конфиденциальности и ввела разделение на документы, поданные стороной в поддержку собственной позиции, и документы, представленные в ответ на ходатайство об их предоставлении либо в связи с иным процессуальным приказом состава арбитража. При пересмотре этого вопроса Подкомитет по редактированию 2010 года расширил действие Статьи 3.13 на документы, предоставляемые стороны в обоснование своей позиции, и документы, поданные лицами, не участвующими в разбирательстве.

Статья 3.13 сейчас предусматривает, что в отношении любого документа, поданного или представленного любой из сторон либо лицами, не участвующими в арбитражном разбирательстве, составом арбитража и другими сторонами должен быть обеспечен режим конфиденциальности. Такой документ может быть использован исключительно в связи с арбитражным разбирательством. Эти требования не распространяются на документы, которые уже находятся в публичном доступе либо которые были публично раскрыты самими сторонами, до предоставления в рамках арбитражного разбирательства. При этом, безусловно, стороны вправе публично раскрыть свои собственные документы в любое время.

Правила МАЮ о доказательствах не содержат позиции о конфиденциальности бездокументарных доказательств, таких как устные показания (в то время как на стенограмму устных показаний будет распространяться режим конфиденциальности как на документ, представленный в материалы дела третьим лицом). Более того, Основные правила, применимые к арбитражу, могут также устанавливать требования, относящиеся к конфиденциальности, а стороны или состав арбитража могут согласовать или определить дополнительные правила в отношении конфиденциальности (см. статью 9.5, которая применяется ко всем доказательствам). По этой причине Правила МАЮ о доказательствах просто указывают, что «это требование не ограничивает любые иные обязанности по сохранению конфиденциальности в ходе арбитражного разбирательства». Таким образом, для определения того, какая степень конфиденциальности будет применяться к документам, сторонам следует изучить стороны должны руководствоваться институциональный арбитражных регламент или регламента арбитража *ad hoc*, выбранный ими для проведения арбитражного разбирательства, соглашение сторон и положения применимого процессуального права, применяющегося к арбитражу.

В заключение, Правила МАЮ о доказательствах в редакции 2010 года также указывают на некоторые исключения из обязанности сохранять конфиденциальность документов, например, если раскрытие требуется от стороны для исполнения законной обязанности, защиты или исполнения законного права, либо исполнения решения, либо оспаривания арбитражного решения в добросовестном процессе в государственном суде или в ином органе юстиции. Для предотвращения непреднамеренного раскрытия документов, составам арбитража и сторонам рекомендуется обсудить процедуры определения режима конфиденциальности в рамках консультаций в порядке статьи 2.1 (например, надлежащее хранение либо уничтожение доказательств после завершения арбитражного разбирательства, любого оспаривания либо процедур принудительного исполнения решения). В частности, как указано в статье 2.1(e) [исправление: статья 2.2(e)], составы арбитража и стороны могут рассмотреть возможные меры цифровой защиты для целей передачи и хранения документов, а также в рамках применимых режимов защиты персональных данных и защиты информации.

### *Выводы состава арбитража*

Статья 9.6 Правил МАЮ о доказательствах (ранее статья 9.4 в редакции 1999 года и статья 9.5 в редакции 2010 года) предусматривает, что, если сторона нарушает требования процессуального приказа состава арбитража в отношении предоставления документов, состав арбитража может сделать на этом основании вывод о том, что содержание такого документа является противоречащим интересам уклонившейся стороны. Такой вывод может также быть сделан и в случае, если запрашиваемая сторона не заявит надлежащих возражений относительно ходатайства о предоставлении документов в установленный составом арбитража срок, но тем не менее не предоставит запрошенные документы. В качестве дополнительного сдерживающего механизма статья 9.8 предусматривает, что при распределении расходов состав арбитража может также принять к сведению нарушение стороной своей обязанности вести себя добросовестно по вопросам о получении и предоставлении доказательств. Такое нарушение может включать в себя и неисполнение предписания состава арбитража о предоставлении документов.

### *Стадии*

Статья 3.14, введенная в 2010 году предусматривает, что сбор документальных доказательств может также быть разделен на этапы. Такая процедура уже была введена прошлой редакцией Правил МАЮ о доказательствах применительно к свидетельским показаниям (статья 4.4) и сейчас была расширена для покрытия и документальных доказательств. Такой механизм может выступать эффективным средством для сокращения временных и финансовых издержек в определенных обстоятельствах и может быть предложен сторонами или установлен составом арбитража по собственному усмотрению.

## **Статья 4 – Свидетели**

В арбитраже фактические обстоятельства зачастую устанавливаются с помощью свидетелей, которые представляют свою показания относительно событий, которые им лично известны. Именно личное знание событий отличает свидетелей от экспертов, поскольку последние представляют свои мнения, основанные на их компетенции в определенной сфере. Свидетелям посвящена Статья 4 Правил МАЮ о доказательствах; а экспертам – статьи 5 и 6.

Несмотря на то, что свидетельские показания реже используются в качестве доказательств в судах континентальной правовой системы, где основными доказательствами являются документы, чем в судах стран общего права, в арбитражных разбирательствах как в континентальной, так и в англосаксонской системах права часто используются показания свидетелей в качестве доказательств. В странах системы общего права свидетели допрашиваются сторонами. В континентально-правовой традиции свидетели главным образом опрашиваются судом, однако стороны могут предлагать соответствующие вопросы суду с тем, чтобы они были заданы свидетелям, задавать дополнительные вопросы после того как суд завершил собственный опрос, а также задавать вопросы напрямую с позволения суда. В международном арбитраже составу арбитража и сторонам необходимо определить порядок взаимодействия со свидетелями.

Правила арбитража и законодательство обычно не содержат пояснений относительно свидетельских показаний. Правила МАЮ о доказательствах, таким образом, восполняют возникающий существенный пробел: Статья 8 Правил МАЮ о доказательствах, описываемая ниже, устанавливает, как должны допрашиваться свидетели в ходе слушания, а рассматриваемая здесь статья 4 регламентирует все, что происходит до слушания.

### *Информация о свидетелях*

Статья 4.1 требует от каждой из сторон идентифицировать тех свидетелей, на показания которых она планирует полагаться, а также обозначить предмет их показаний. Такое требование является обычным на практике и прямо подтверждается в некоторых арбитражных регламентах<sup>9</sup>. Его целью является исключить неожиданность для противоположной стороны в связи с представлением незаявленных свидетелей либо фактов, а также позволить противоположной стороне сделать осознанный выбор заблаговременно до слушания в отношении доказательств, которые она будет использовать в ответ.

Текст Правил МАЮ о доказательствах в редакции 2010 года требует, чтобы все письменные свидетельские показания указывали, на каком языке они были изначально подготовлены и на каком языке свидетель планирует давать устные показания на слушании по доказательствам (статья 4.5(c)). Если у свидетеля отсутствуют письменные свидетельские показания, каждая из сторон должна известить состав арбитража и другие стороны, если свидетель планирует давать показания на языке, отличном от языка арбитражного разбирательства. Если свидетель не может представить показания на языке арбитражного разбирательства, то необходимо обеспечить их перевод.

С учетом различных доступных составов арбитража подходов в отношении последовательности представления документов, включая свидетельские показания, Правила МАЮ о доказательствах полностью оставляют вопрос об определении срока предоставления упомянутой информации на усмотрение состава арбитража.

### *Аффилированные лица в качестве свидетелей*

Разные правовые системы по-разному отвечают на вопрос о возможности привлекать в качестве свидетелей руководящих работников, агентов или иных лиц, связанных с одной из сторон спора. Различия в подходах могут иметь значимые последствия. Например, в некоторых правовых системах сторона может быть свидетелем в своем собственном разбирательстве. В иных странах только третьи лица могут представлять свидетельские показания, то есть в таких юрисдикциях сторона, представляющая информацию не будет считаться «свидетелем», а информация не будет предоставляться под присягой либо под иным обязательством сообщать правду.

При этом статья 4.2 Правил МАЮ о доказательствах предусматривает, что должностные лица, работники и другие представители стороны могут выступать свидетелями для целей Правил МАЮ о доказательствах. Поэтому, согласно статье 8.5 состав арбитража может обратиться «в порядке, установленном Составом арбитража», к свидетелю для подтверждения его обязанности говорить правду. Состав арбитража также может рассмотреть личные данные свидетеля, а также его или ее связь с любой из сторон в качестве одного из множества факторов, которые потенциально могут повлиять на вес такого доказательства (см. статью 9.1).

### *Предварительные контакты между стороной и свидетелем*

Еще одним важным отличием, встречающимся в различных правовых системах, выступают пределы допустимости контактов между стороной и заявленными ею свидетелями<sup>10</sup>. В некоторых правовых системах стороны могут обсуждать со своими свидетелями факты, по которым свидетелями будут даваться показания. Степень допустимой «подготовки свидетеля» может варьироваться от общего обсуждения вопросов до целенаправленных репетиций ответов свидетелей

<sup>9</sup> См., например, статью 23(3) Арбитражного регламента ICDR; статью 20(2) Арбитражного регламента LCIA; статью 33(1); статью 33(1) Арбитражного регламента ICC; статью 56(a) Арбитражного регламента ВОИС.

<sup>10</sup> Рекомендации ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings) (2016), пункт 90.

на предполагаемые вопросы. В то же время в других правовых системах может считаться недопустимым для юриста даже обсуждать дело со свидетелем до представления его показаний свидетеля в суде.

На настоящий момент в международном арбитраже в целом принят подход, допускающий, что сторона и ее юридическими представители могут проводить «встречи и обсуждения со свидетелями и экспертами в целях обсуждения и подготовки их будущих показаний», при условии, что действия юридического представителя «согласуются с требованием, что представляемые доказательства отражают собственное восприятие свидетелем соответствующих фактов, событий или обстоятельств, либо собственный анализ и мнение эксперта»<sup>11</sup>. В соответствии со сложившейся практикой Правила МАЮ о доказательствах в статье 4.3 подтверждают, что не является недопустимыми проведение встреч и обсуждений между стороной, ее юристами и ее свидетелем. Текст Правил МАЮ о доказательствах в редакции 2010 года также уточнил, что такие обсуждения не обязательно могут носить общий характер; обсуждение будущих показаний также допустимо. В то же время состав арбитража может принять к сведению объем таких обсуждений при оценке придаваемого таким показаниям доказательственного веса (см. статью 9.1). Безусловно, подготовка и/или написание свидетельских показаний, с помощью юристов стороны либо без нее, предполагает контакты между свидетелем и стороной (ее юристами), заявляющими такого свидетеля в процессе. В то же время содержание показаний полностью остается за свидетелем и должно отражать корректные воспоминания самого свидетеля о фактах.

### *Письменные свидетельские показания*

Согласно Правилам МАЮ о доказательствах состав арбитража может обязать стороны предоставить ему и другим сторонам свидетельские показания в письменном виде (см. статью 4.4). Состав арбитража с учетом мнения сторон и в зависимости от обстоятельств конкретного дела решает, должны ли представляться такие письменные свидетельские показания.

При использовании свидетельских показаний содержание устных показаний свидетеля на слушании известно заранее. Другая сторона, таким образом, может лучше подготовиться к собственному допросу свидетеля, а также продумать определить аспекты спора и свидетелей, которые она будет представлять в процессе. Состав арбитража также будет находиться в лучшем положении для целей восприятия устных показаний и подготовки своих вопросов к таким свидетелям. Таким образом, наличие письменных свидетельских показаний может способствовать сокращению длительности устных слушаний. Например, такие письменные показания могут приниматься в качестве «главных показаний» («прямых показаний»)<sup>iii</sup>, и дополнительные пространственные объяснения свидетеля на слушании могут уже быть излишними, а допрос свидетеля другой стороной может начаться практически незамедлительно.

В целях экономии времени и расходов на проведение слушания, свидетелям не обязательно являться, если их присутствие не будет запрошено стороной либо составом арбитража (статья 8.1).

---

<sup>11</sup> См.: Руководящие принципы МАЮ по представительству сторон в международном арбитраже 2013 года (IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration), Руководящий принцип 24. Однако для юристов из некоторых юрисдикций континентального права такие контакты со свидетелями могут являться нарушением применимых к ним этических правил.

<sup>iii</sup> Примечание переводчиков: в англосаксонской процессуальной традиции свидетелей допрашивали раньше устно на слушании (хотя, например, в английских судах сейчас обычно используются письменные свидетельские показания). Показания свидетелей, в которых они рассказывают, что им известно по делу называются “evidence in chief” или “direct evidence”, поскольку свидетель по сути является ведущим рассказчиком в этот момент. Мы перевели эти термины как «главные показания» или «прямые показания»; русский перевод статьи 8.5 Правил МАЮ о доказательствах оперирует понятием «свидетельские показания, полученные при прямом допросе». За этой процедурой следует перекрестный допрос, когда свидетель становится ведомым: его направляет и контролирует производящий допрос адвокат другой стороны.

Зачастую состав арбитража и стороны могут прийти к соглашению о том, что свидетели, письменные показания которых либо не оспариваются, либо не считаются противоположной стороной значимыми, не должны присутствовать на устных слушаниях<sup>12</sup>.

Статья 4.5 Правил МАЮ о доказательствах указывает, что письменные свидетельские показания должны включать:

- имя, домашний либо рабочий адрес свидетеля, сведения о нынешних или прошлых отношениях свидетеля (если имеют/имели место) с любой из Сторон, а также описание его биографии, квалификации, подготовки и опыта;
- полное и подробное описание фактов, а также источника информированности свидетеля об этих фактах, а также к ним должны быть приложены любые документы, на которые ссылается свидетель, если они еще не представлены в материалы дела;
- сведения о том, на каком языке был подготовлен оригинал письменных свидетельских показаний, а также на каком языке свидетель предполагает давать показания в ходе слушаний по доказательствам; и
- декларацию достоверности свидетельских показаний, подтвержденную подписью свидетеля.

Правила МАЮ о доказательствах не требуют, чтобы свидетельские показания были даны под присягой. Подходы в отношении необходимости дачи свидетельских показаний под присягой существенным образом различаются как в рамках практики международного арбитража, так и в различных правовых системах. Во множестве континентальных юрисдикций заявления под присягой могут быть сделаны исключительно перед судебными органами либо перед нотариусом, что делает получение показаний под присягой слишком трудоемким. По этой причине в арбитраже показания под присягой не требуются для свидетельских показаний<sup>13</sup>. Правила МАЮ о доказательствах вместо этого требуют заявления от свидетеля о том, что он или она обязуется говорить правду (статья 8.4) [исправление: статья 8.5]. Эта формулировка была пересмотрена в 2010 году для большей ясности и точности.

Статья 4.4 Правил МАЮ о доказательствах оставляет на усмотрение состава арбитража вопрос о том, когда должны быть представлены письменные свидетельские показания. Обычно выбор стоит между одновременным или последовательным обменом свидетельскими показаниями. Во втором раунде обмена письменными свидетельскими показаниями должна обсуждаться только та информация, которая содержалась в свидетельских показаниях, заключениях экспертов либо процессуальных документах другой стороны, либо новые фактические обстоятельства, которые не могли быть обсуждены в рамках первого раунда (см. статью 4.6). Рабочая группа 2020 года дополнила статью 4.6(b) для уточнения, что свидетельские показания во втором раунде могут в определенных случаях охватывать новые фактические обстоятельства, независимо от того, ссылалась ли на них сторона в своих предшествующих процессуальных документах.

---

<sup>12</sup> Возможность того, что свидетели могут ограничить свои показания письменным заявлением и не обязаны присутствовать на устном слушании по представлению доказательств, предусмотрена в статье 23(4) Арбитражного регламента ICDR; статье 20(3) Арбитражного регламента LCIA; статье 33(2) Арбитражного регламента SCC; статье 56(d) Арбитражного регламента ВОИС.

<sup>13</sup> В соответствии со статьей 56(d) Арбитражного регламента ВОИС стороны, например, имеют выбор между простыми подписанными заявлениями или письменными показаниями под присягой, если только арбитраж не распорядился иначе.

### *Явка свидетеля для дачи показаний в рамках слушания по доказательствам*

Статья 8.1 в редакции 2010 года требует, чтобы каждая из сторон проинформировала состав арбитража и другие стороны о том, явку каких свидетелей на слушание она требует. При наличии согласия сторон либо указания состава арбитража о том, что письменные свидетельские показания будут рассматриваться как свидетельские показания, полученные при прямом допросе, согласно статье 8.5, присутствие свидетеля на слушании будет обычно требоваться только в том случае, если этого запросит сторона или состав арбитража в целях его допроса. Однако Рабочая группа 2020 года внесла уточнением, что, если о необходимости явки свидетеля заявляет лишь сторона, представившая письменные свидетельские показания, состав арбитража после заслушивания мнения сторон может разрешить такому свидетелю давать показания на слушании.

Если свидетель, чья явка была запрошена не является на слушание без уважительной причины, состав арбитража не учитывает письменные свидетельские показания такого свидетеля кроме исключительных случаев, обосновывающих невозможность такой явки (статья 4.7)<sup>14</sup>.

Если стороны и состав арбитража согласны с тем, что свидетель не должен являться на слушание, ход разбирательства может быть ускорен. Статья 4.8 указывает что такое соглашение не равносильно согласию с содержанием письменных свидетельских показаний. Статья 5.6 содержит схожее правило для заключений экспертов.

Текст Правил МАЮ о доказательствах предусматривает что «явка» свидетеля предполагается личной, если только состав арбитража после совещания со сторонами не решил, что слушание должно быть проведено в форме дистанционного слушания полностью или в части (статья 8.2, добавлена в 2020 году). Согласно определению «Дистанционное слушание», также введенному в 2020 году, слушание может быть проведено дистанционно как полностью, так и в определенных частях, а также в отношении определенных участников.

### *Уклоняющиеся свидетели*

Если свидетель, показания которого хочет использовать сторон, отказывается сотрудничать, соответствующая сторона может просить состав арбитража принять любые доступные меры для получения таких устных показаний либо просить разрешения самостоятельно выполнить соответствующие действия (см. обсуждение статьи 3.9 выше применительно к предоставлению документов третьими лицами). Между тем состав арбитража может отказать, если посчитает, что предполагаемые устные показания соответствующего свидетеля не будут иметь отношения к делу или не будут существенными для его исхода (см. статью 4.9).

Согласно законодательству об арбитраже большинства юрисдикций только сам состав арбитража или сторона с согласия состава арбитража может попросить государственный суд вызвать свидетеля для дачи показаний или провести допрос свидетеля<sup>15</sup>. По общему правилу именно государственные суды страны места арбитража могут оказать содействие составу арбитража в получении показаний от уклоняющегося свидетеля. Однако зачастую в трансграничных спорах свидетели могут и не пребывать в государстве, являющемся местом арбитража. В таких случаях составу арбитража может потребоваться направить просьбу о содействии со стороны иностранных судов, напрямую либо опосредованно. При этом возможности состава арбитража в таких случаях, конечно же, ограничены «шагами, которые законно ему доступны» (см. статью 4.9). В некоторых же случаях состав арбитража может предпочесть позволить стороне разбирательства предпринять такие шаги и обратиться в иностранные суды самостоятельно. Такой вариант может быть разумным или эффективным, если, например, сторона, нуждающаяся в доказательствах, находится в

<sup>14</sup> См. также статью 20(5) Арбитражного регламента LCIA и статью 56(d) Арбитражного регламента ВОИС.

<sup>15</sup> См., например, статью 27 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

соответствующем иностранном государстве, а также, например, владеет местным языком либо уже наняла местного юридического консультанта.

### *Свидетели, вызванные составом арбитража*

Свидетели находятся в сфере ответственности самих сторон. Сторонам необходимо определить свидетелей, которых они представят в процессе, а также определить вопросы, по которым такие свидетели будут давать показания. Тем не менее, Правила МАЮ о доказательствах в редакции 2010 года допускают, что состав арбитража может потребовать явки определенного свидетеля даже в том случае, если ни одна из сторон не заявляла соответствующего ходатайства (статья 8.1). По общему правилу состав арбитража может обязать любую сторону обеспечить, или приложить максимальные усилия, чтобы обеспечить явку любого лица, включая тех, показания которых еще не были представлены (статья 4.10). При этом у стороны также имеется право возражать против возложения на нее такой обязанности по основаниям, указанным в статьях 9.2 и 9.3. Как и в случае с аналогичными изменениями в статье 3.10, описанными выше, Рабочая группа 2020 года расширила последнее предложение статьи 4.10, чтобы подчеркнуть, что любая сторона, а не только сторона, на которую возложена обязанность по получению показаний свидетеля, может возражать в отношении такой обязанности по основаниям, указанным в статьях 9.2 и 9.3

### **Статья 5 – Эксперты, назначенные сторонами**

Современные правила арбитража специально упоминают экспертов, назначенных сторонами<sup>16</sup>. В частности, большинство таких правил закрепляют сложившуюся концепцию о том, что сторона может представить эксперта для целей представления заключения по вопросам спора.

### *Раннее раскрытие экспертных доказательств*

В соответствии с последним параграфом Преамбулы, а также статьей 5.1, сторона, желающая представить заключение эксперта, должна уведомить об этом другую сторону. Как и в других случаях, описанных в Правилах МАЮ о доказательствах, состав арбитража должен определить, когда такое уведомление и представление экспертных заключений должно состояться (см. статью 5.1). При таком планировании представления заключений экспертов состав арбитража должен учитывать взаимосвязь представления экспертных заключений с представлением иных документов сторонами, такими как дополнительные свидетельские показания, указанные в статье 4.6.

### *Содержание заключения эксперта*

Статья 5.2 устанавливает требования к заключениям экспертов. Прежде всего, заключение эксперта должно описывать «методы, доказательства и информацию, использованные при получении выводов» (см. статью 5.2(e)). Эта информация необходима обеспечения возможности другой стороне осмысленно оценить такое заключение эксперта. Если эксперт основывался на каких-либо документах, еще не представленных в арбитражный процесс, они должны быть также представлены (см. статью 5.2(e)).

Статья 5.2(g) обязывает эксперта подтвердить убежденность в сделанных в заключении выводах. Формулировка данного пункта несколько отличается от формулировки, содержащейся в статье 4.5(d), посвященной свидетелям, поскольку заключение эксперта содержит мнения и экспертную позицию. Несмотря на это, эксперт должен быть готов принять ответственность за содержание своего заключения.

---

<sup>16</sup> См., например, статью 25(2) Арбитражного регламента ICC; статью 33(1) Арбитражного регламента SCC; статью 56(a) Арбитражного регламента ВОИС; статью 27(2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

Статья 5.2(a) предусматривает раскрытие сведений о нынешних и прошлых отношениях эксперта со сторонами спора, их юридическими представителями и составом арбитража. Статья 5.2(c) далее требует подтверждения экспертом соеёй «независимости». Так, если в пункте (a) предусматривается именно раскрытия информации, то пункт (c) предполагает, что эксперт должен оценить влияние таких отношений на свою «независимость», например, поскольку эксперт не имеет финансового интереса в исходе рассмотрения спора и не имеет других отношений, которые могут помешать эксперту дать честное и объективное заключение. Получение экспертом оплаты за свои услуги не исключает «независимости» эксперта. Статья 5.2(c) акцентирует внимание на важности исполнения каждым экспертом, назначенным стороной, своей обязанности по даче заключения по предмету рассматриваемого спора независимым и беспристрастным образом, а не на исключение из процесса экспертов, хоть как-то связанных с участниками процесса либо с предметом спора.

Статья 5.2(i) предписывает, что, если экспертное заключение подписывается несколькими лицами, как это порой происходит, когда в качестве эксперта привлекается организация, то в самом заключении должно указываться, подготовлено ли оно одним автором, а если нет, то кто из соавторов ответственен за отдельные части заключения. Это требование призвано способствовать определению сторонами того, участие каких экспертов им необходимо обеспечить на слушании по доказательствам (статья 8.1), а также для подготовки к допросу одного или нескольких соавторов.

Согласно статье 5.3 стороны могут представить вторые ответные заключения экспертов. Однако такие ответные заключения экспертов ограничены ответами на вопросы, затронутыми в свидетельских показаниях, заключениях экспертов или иных процессуальных документах другой стороны, которые ранее не представлялись в арбитражном разбирательстве либо относятся к новым обстоятельствам, которые не могли быть рассмотрены в предшествующем заключении эксперта. Отсылка к новым обстоятельствам была добавлена Рабочей группой 2020 года и корреспондирует соответствующим изменениям в статье 4.6(b). По соображениям эффективности и добросовестности сторона наделяется правом однократного представления собственных доводов, а дополнительные возможности по представлению доводов допускаются исключительно в тех случаях, когда не было возможным представить такие доводы вовремя. Такая процедура позволяет избежать поведения сторон, направленного на неожиданное представление новых доказательств другим сторонам либо на срыв процессуального графика на поздних стадиях разбирательства.

### *Совещание между экспертами до слушания*

Статья 5.4. наделяет состав арбитража правом назначить совещание между экспертами, назначенными сторонами, для обсуждения уже рассмотренных или подлежащих рассмотрению в будущих заключениях вопросам – либо до подготовки соответствующих заключений, либо в преддверии слушания. Статья 8.3(f) [исправление: 8.4(f)] представляет возможность проведения одновременного допроса экспертов или свидетелей в ходе слушания по доказательствам. Если в ходе совещания эксперты достигают согласия по каким-либо вопросам, они должны зафиксировать это в письменном виде. Также они должны зафиксировать оставшиеся между ними разногласия с указанием причин.

Указанные рекомендации, если состав арбитража сочтет их целесообразными, могут сделать разбирательство более экономичным. Эксперты, представляющие одну и ту же дисциплину и, скорее всего, знающие друг друга, могут относительно быстро определить причины своих разногласий и сконцентрироваться на поиске вопросов, по которым они могут достичь согласия. Правила в редакции 2010 года дополнительно предусматривают возможность проведения консультаций до составления отчетов, что может помочь подготовить отчеты, в которых указаны вопросы, по которым между экспертами нет расхождения, и которые сфокусированы на оставшихся между ними расхождениях. Если экспертам удастся достичь согласия по своим выводам, стороны и состав арбитража, скорее всего, согласятся с этими выводами, чтобы в ходе слушания можно было сосредоточиться на действительно спорных вопросах дела.

### *Участие экспертов в слушаниях по доказательствам*

Статья 8.1 Правил МАЮ в редакции 2010 года применяется как к свидетелям, так и к экспертам и предусматривает необходимость явки эксперта на слушание, если этого требует сторона или состав арбитража. Как и в случае со свидетелями, экспертное заключение вызванного, но не явившегося эксперта, тем не менее, может быть принято во внимание «при наличии исключительных обстоятельств», если состав арбитража примет такое решение (см. статью 5.5), а согласие не требовать присутствия эксперта на слушании не приравнивается к согласию относительно содержания экспертного заключения (см. статью 5.6).

Наконец, стоит отметить, что Правила МАЮ о доказательствах не рассматривают вопрос о том, как поступать с показаниями эксперта, вызванного для дачи показаний, если такой эксперт ранее был назначен государственным судом в связи с теми же обстоятельствами. Стороны из европейских государств часто обращаются в свои национальные суды сразу после факта причинения ущерба и задолго до начала арбитражного разбирательства с просьбой о назначении эксперта для определения причины возникновения ущерба и возможных способов защиты или для обеспечения доказательств. Англо-американскому юристу часто трудно поверить, что такой назначенный судом эксперт по определению является независимым, поскольку о таком назначении в первую очередь ходатайствовала другая сторона. В таких обстоятельствах составу арбитража придется определить, как следует рассматривать такого эксперта – в качестве эксперта, назначенного стороной, или эксперта, назначенного составом арбитража, или в ином качестве. Состав арбитража должен дать указания относительно представления в качестве доказательства отчета такого эксперта или относительно явки такого эксперта на слушание по вопросу о доказательствах.

### **Статья 6 – Эксперты, назначенные составом арбитража**

Статья 6 регулирует назначение независимых экспертов составом арбитража. Общий принцип, лежащий в основе статьи 6, заключается в существенном участии сторон в процессе, даже если эксперт назначается самим составом арбитража. В статье 6.1 четко указано, что Состав арбитража должен провести консультации со сторонами до назначения такого эксперта, а также в отношении круга полномочий такого эксперта. Стороны также имеют возможность, согласно статье 6.2, определить любые потенциальные конфликты интересов и заявить любые возражения (*например*, отсутствие независимости, недостаточная квалификация, загруженность, расходы) на этом основании. Самое главное заключается в том, что стороны имеют возможность участвовать в процессе сбора информации экспертом, назначенным судом, и представлять пояснения в отношении любого отчета такого эксперта. Однако, во избежание задержек, статья 6.2 в настоящее время предусматривает, что более поздние возражения могут быть заявлены только в том случае, если они касаются причин, о которых стороне стало известно после назначения эксперта.

Статья 6.3 предоставляет сторонам и их представителям право получать любую информацию, полученную экспертом, назначенным судом, и присутствовать при любом осмотре, проводимой экспертом.

Статья 6.4 устанавливает требования к содержанию экспертного заключения. Эти требования такие же, как и в статье 5.2, за исключением заявления о независимости, требуемого от экспертов, назначенных сторонами (которое эксперт, назначенный составом арбитража, уже представил до принятия назначения (статья 6.2)).

Статья 6.5 разрешает сторонам изучать любые документы, которые изучил назначенный составом арбитража эксперт, и любую переписку между составом арбитража и назначенным составом арбитража экспертом. Данная статья также предоставляет любой стороне возможность представить возражения на заключения назначенного составом арбитража эксперта в течение срока, установленного составом арбитража. Рабочая группа 1999 года и Подкомитет по редактированию

2010 года были твердо убеждены, что стороны должны знать, что сообщает составу арбитража назначенный составом арбитража эксперт, и должны иметь возможность опровергнуть его выводы. Сторона может ответить либо путем представления собственной процессуальной позиции, либо путем представления свидетельских показаний или экспертного заключения назначенного стороной эксперта.

Назначенный составом арбитража эксперт должен присутствовать на слушаниях по вопросам доказательств и быть доступным для допроса на этих слушаниях до тех пор, если любая сторона или состав арбитража попросит о таком присутствии. Статья 6.6 разрешает сторонам или назначенным ими экспертам задавать вопросы назначенному составом арбитража эксперту во время слушания. Однако вопросы должны касаться лишь предмета экспертного заключения и ответов, представленных в соответствии со статьей 6.5: а именно, заявлениями, показаниями свидетелей или экспертным заключением назначенного стороной эксперта, представленным в ответ на заключение эксперта, назначенного составом арбитража. Это положение включено для того, чтобы назначенный составом арбитража эксперт заранее знал, по каким вопросам его могут допросить, чтобы подготовить свои ответы. Рабочая группа 1999 года хотела избежать ситуаций, когда вопросы, связанные с отчетом назначенного составом арбитража эксперта, впервые поднимаются на слушании, что неизбежно потребует перерыва для рассмотрения этого вопроса назначенным стороной [исправлено: назначенным составом арбитража] экспертом до возобновления слушания.

Статья 6.3 призвана обеспечить эксперту, назначенному составом арбитража, доступ к любой информации, необходимой ему для ответа на вопросы, поставленные перед ним. Назначенный составом арбитража эксперт может попросить сторону предоставить любую относимую и существенную информацию, которая включает соответствующие документы, товары, образцы, имущество, машины, системы, процессы или доступ на объект для осмотра. Стороны имеют право возражать против таких запросов, основываясь на положениях статей 9.2 и 9.3. Если такое возражение заявлено, состав арбитража должен определить существенность и уместность запроса назначенного составом арбитража эксперта в порядке, предусмотренном статьями 3.5-3.8, которые касаются ходатайств о предоставлении документов.

Рабочая группа 2020 года исключила из статьи 6.3 следующее предложение: "Полномочия эксперта, назначенного составом арбитража, запрашивать и получать такую информацию или доступ признаются равными полномочиям состава арбитража». Рабочая группа 2020 года пришла к выводу, что это предложение может быть неверно истолковано в том смысле, что назначенный составом арбитража эксперт будет иметь право разрешать любые споры в отношении информации или доступа к ней, включая, например, вопросы о конфиденциальности информации, что будет противоречить предложению статьи 6.3, которое предусматривает разрешение таких споров составом арбитража. Рабочая группа 2020 года пришла к выводу, что в Правилах МАЮ о доказательствах не нужно дополнительно определять объем полномочий эксперта, назначенного составом арбитража, запрашивать доступ, поскольку первое предложение статьи 6.3 уже предусматривает право эксперта запрашивать информацию и получать доступ к ней, «если она имеет отношение к делу и будет существенной для его разрешения».

Статья 6.7 прямо указывает, что именно состав арбитража, а не назначенный составом арбитража эксперт, должен оценивать обстоятельства дела. Данная норма предусматривает, что отчет назначенного судом эксперта «и выводы, содержащиеся в таком заключении, оцениваются составом арбитража с должным учетом всех обстоятельств дела».

## **Статья 7 – Осмотр**

Статья 7 предусматривает проведение осмотра соответствующего места, имущества, оборудования или любых других товаров, образцов, систем, процессов или документов, которые могут помочь в процессе принятия решения, где бы они ни находились. Такие осмотры чаще всего происходят в

строительных арбитражах, в которых состав арбитража посещает строительную площадку спорного проекта.

Статья 7 является намеренно широкой, позволяя составу арбитража после консультаций со сторонами проявить гибкость в определении сроков и порядка проведения осмотра. Состав арбитража может рекомендовать сторонам провести консультации и согласовать любые вопросы и/или шаги, необходимые для проведения осмотра.

Осмотр может проводиться представителями сторон, их свидетелями или назначенными сторонами экспертами, или назначенным составом арбитража экспертом. Состав арбитража может определить, могут ли стороны делать заявления до или во время осмотра, могут ли их свидетели или назначенные сторонами эксперты представлять доказательства. Он также определяет, каким образом осмотр будет зафиксирован в материалах дела (например, будет ли вестись стенограмма сказанного или обнаруженного, будет ли вестись видеозапись осмотра, либо состав арбитража, назначенный составом арбитража эксперт или назначенные сторонами эксперты подготовят совместный отчет или отдельные отчеты). В случае проведения осмотра назначенным составом арбитража экспертом любая сторона должна иметь возможность представить свою позицию по поводу осмотра или любого отчета (отчетов) экспертов об осмотре (статья 6.5).

## **Статья 8 – Слушание по доказательствам**

Статья 8 посвящена слушанию по доказательствам (его определение раскрывается в разделе «Определения»). Слушание по доказательствам может проводиться лично, дистанционно, посредством телеконференции или другим способом и предполагает представление устных или иных доказательств составу арбитража. В большинстве международных арбитражей этому слушанию предшествует значительная подготовка, поскольку действует принцип, что каждая сторона должна иметь возможность в разумный срок заранее ознакомиться с доказательствами (см. пункт 3 Преамбулы). До проведения слушания по доказательствам могут проводиться встречи для утверждения Акта о полномочиях или предварительные заседания<sup>17</sup>. Обычно до слушания производится обмен обширными письменными позициями, содержащими утверждения о фактах и часто заявления по правовым вопросам. Также обычно производится раскрытие документов (см. выше, статья 3). Свидетели могут представить письменные свидетельские показания (см. выше, статья 4). Назначенные стороной или назначенные составом арбитража эксперты могут представить письменные экспертные заключения (см. выше, статьи 5 и 6). Стороны должны быть надлежащим образом извещены о дате и месте проведения слушаний по доказательствам<sup>18</sup>. В результате проведенной подготовки к моменту проведения слушания по доказательствам многочисленные участники арбитражного разбирательства, скорее всего, лучше знают друг друга, а также лучше знают дело, чем в начале процесса.

Статья 8 Правил МАЮ о доказательствах является наиболее общей из всех положений. Статья устанавливает общие рамки процедуры, которых необходимо придерживаться на слушаниях по доказательствам. Это необходимо, поскольку разнообразие возможных процедур и способов организации слушания по доказательствам безгранично. Как правило, стороны и состав арбитража могут выбрать процедуры, наиболее подходящие к обстоятельствам дела. Хотя некоторые из особенностей, описанных в статье 8, будут встречаться во многих слушаниях по доказательствам, редко можно встретить слушание, в котором бы все они были представлены одновременно.

---

<sup>17</sup> См. статью 23 Арбитражного регламента ICC; статью 21 Арбитражного регламента ICSID; Рекомендации ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства, пункт 9.

<sup>18</sup> См., например, статью 22(4) Арбитражного регламента НКІАС; статью 26(1) Арбитражного регламента ICC; статью 23(1) Арбитражного регламента ICDR; статью 19(3) Арбитражного регламента LCIA; статью 32(2) Арбитражного регламента SCC; статью 28(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ; статью 55(b) Арбитражного регламента ВОИС.

### *Дистанционное слушание*

Глобальная пандемия COVID-19 в 2020 году вызвала национальные локдауны, карантин, ограничение свободы передвижения в странах и неизбежно повлияла на арбитражные разбирательства, в частности, на проведение очных слушаний по доказательствам. Рабочая группа 2020 года внесла поправки в Правила МАЮ о получении доказательств, чтобы отразить инструменты и практику, применяемые сторонами и составами арбитража во время этого периода. Статья 8.2 описывает процедуру, в соответствии с которой арбитраж по ходатайству стороны или самостоятельно после консультации со сторонами может распорядиться о проведении дистанционного слушания по доказательствам.

Статья 8.2 призывает составы арбитража проявлять инициативу и учитывать временные, финансовые и экологические аспекты при оценке того, следует ли проводить слушание по доказательствам дистанционно. Если слушание по доказательствам будет проводиться в форме дистанционного слушания, статья 8.2 предусматривает, что должен быть составлен протокол о проведении дистанционного слушания. В интересах гибкости статья 8.2 оставляет открытым вопрос о том, кто будет готовить такой протокол. Соответственно, это могут сделать либо стороны, либо состав арбитража. Если стороны не придут к согласию относительно его содержания, содержание протокола будет определено составом арбитража после консультаций со сторонами.

В любом случае, протокол должен быть составлен с целью проведения дистанционного слушания исходя из критериев эффективности, справедливости и, насколько это возможно, в целях исключить непреднамеренные прерывания связи. Это может потребовать, например, тестирования оборудования и сетевого соединения до проведения дистанционного слушания, а также привлечения профессиональных поставщиков таких услуг. Используемая технология должна обеспечивать достаточный объем передачи данных и включать план резервного копирования на случай, если качество окажется недостаточным. Следует также уделить внимание обеспечению возможности предоставления приложений свидетелям и составу арбитража, если это необходимо. Проведение дистанционных слушаний, исходя из принципа «справедливости», требует, помимо прочего, учета часовых поясов и того, что состав арбитража может назначить несколько более коротких слушаний, а не одно длительное заседание в один день.

Статья 8.2(d) [исправление: статья 8.2(e)] предполагает, что в протоколе должны быть предусмотрены «меры по обеспечению того, чтобы на свидетелей, дающих устные показания, не оказывалось ненадлежащего влияния и их внимание ничем не отвлекалось». Существуют различные способы обеспечения того, чтобы свидетелям не оказывали ненадлежащую помощь другие лица и чтобы свидетели не сверялись с документами ненадлежащим образом при даче устных показаний. Эти методы включают в себя вопросы свидетелю о помещении, в котором даются показания, присутствующих в нем лицах и имеющихся документах; установку зеркал позади свидетеля; использование линз «рыбий глаз» или физическое присутствие рядом со свидетелем представителя противоположной стороны.

### *Организация слушания*

Статья 8.3 четко указывает, что полномочия по организации слушаний по доказательствам принадлежат составу арбитража, а не сторонам. Эта идея имеет корни в континентальной процессуальной традиции, но получила широкое распространение в международном арбитраже<sup>19</sup>. Состав арбитража может ограничить или исключить допрос или даже явку свидетеля, если они не относятся к делу, несущественны, неоправданно обременительны, дублируют друг друга или иным образом подпадают под основания для возражений, изложенные в статье 9.2 или 9.3. Хотя

---

<sup>19</sup> См., например, статью 26(3) Арбитражного регламента ICC; статью 23(3) Арбитражного регламента ICSID; статью 19(2) Арбитражного регламента LCIA; статью 24(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

некоторые представители привыкли заявлять возражения, состав арбитража может и самостоятельно применять эти стандарты. В данной статье также признаются ненадлежащими необоснованно наводящие вопросы, которые могут сделать прямые и повторные показания бесполезными. Все эти положения призваны дать составу арбитража возможность сосредоточить слушания на вопросах, имеющих существенное значение для исхода дела, и тем самым сделать разбирательство более эффективными.

### *Порядок и допрос свидетелей и экспертов*

Статьи 8.4(a), (b) и (c) устанавливают основной порядок выступления свидетелей, которому следуют во многих делах: свидетели истца, затем свидетели ответчика и эксперты. По каждому свидетелю допрос проводит сначала сторона, представившая этого свидетеля, затем его допрашивает противоположная сторона, после чего у представляющей представившей свидетеля стороны появляется возможность повторного допроса. Обычно любой повторный допрос ограничивается новыми вопросами, поднятыми в предыдущих устных показаниях. Многие арбитры задают вопросы только в конце, за исключением вопросов, призванных помочь процессу или помочь свидетелю чувствовать себя комфортно.

Однако составы арбитража, особенно в более сложных делах, все чаще адаптируют эти процедуры, чтобы обеспечить более глубокое изучение спорных вопросов. Статья 8.4(g) подтверждает возможность состава арбитража задавать вопросы в любое время. Составы арбитража часто заслушивают устные аргументы представителей сторон, которые могут быть частью слушания по доказательствам или проводиться отдельно от него. Поэтому статья 8.4(f) подтверждает полномочия составов арбитража изменять этот порядок разбирательства по своему усмотрению таким образом, чтобы он наилучшим образом соответствовал обстоятельствам данного дела. Например, это положение позволяет сгруппировать свидетельские показания по конкретным вопросам или допрашивать свидетелей одновременно и в очной ставке друг с другом по конкретным вопросам (так называемая «конференция свидетелей»). Такие методы могут позволить составам арбитража лучше понять противоречия в свидетельских показаниях и определить вес и степень доверия к показаниям.

Другой все более популярной методикой является проведение презентаций экспертов до допроса представителем, чтобы эксперты сначала объяснили свои взгляды и выводы в целом, а арбитры могли задать свои вопросы до перекрестного допроса. В конечном итоге, Правила МАЮ о доказательствах оставляют на усмотрение состава арбитража и сторон определение того, как лучше поступить в каждом конкретном случае.

Правила МАЮ о доказательствах не разрешают вопрос о том, могут ли свидетели, которые еще не дали показания, находиться в зале слушаний или могут ли свидетели, которые уже дали показания, оставаться в зале слушаний. Это решается составом арбитража, поскольку зависит от обстоятельств дела, характера спора и участвующих лиц.

Обычно от свидетеля требуют подтвердить, что он или она обязуется говорить правду, как описано в статье 8.5. Часто состав арбитража также просто призывает свидетеля говорить правду, а иногда дополнительно информирует свидетеля об уголовных санкциях, применяемых в месте проведения арбитражного разбирательства или в месте проведения слушаний. Составы арбитража, по крайней мере в некоторых странах, редко сами приводят свидетеля к присяге.

Если свидетели и эксперты представили письменные свидетельские показания или экспертные заключения, их просят подтвердить это перед началом допроса. Свидетели или эксперты могут также вносить исправления в свои свидетельские показания или экспертные заключения. Третье предложение статьи 8.5 отражает правило, применяемое во многих арбитражах, согласно которому письменные свидетельские показания рассматриваются как свидетельские показания, полученные

при прямом допросе. Если письменные свидетельские показания полностью заменяют прямой допрос, это стимулирует свидетелей давать исчерпывающие письменные показания и в целом сокращает время слушания. Однако Правила не требуют такой практики, и даже если письменные свидетельские показания заменяют собой прямой допрос свидетеля, составы арбитража могут счесть полезным заслушать некоторые прямые устные показания, например, для рассмотрения новых утверждений или новых изменений, которые могли возникнуть после представления письменных показаний. Рабочая группа 2020 года добавила фразу в конце статьи 8.5, чтобы упомянуть о такой возможности. Если состав арбитража предполагает разрешить такие дополнительные устные прямые показания, этот вопрос обычно рассматривается в процессуальном определении на ранней стадии арбитражного разбирательства.

Изменение статьи 8.5, внесенное Рабочей группой 2020 года, также направлено на устранение некоторой неопределенности, о которой сообщалось в процессе публичных консультаций, относительно того, может ли сторона, представившая свидетеля, вызвать его для дачи показаний на слушании, если письменные свидетельские показания должны рассматриваться как прямые показания, но другая сторона отказывается от своего права на перекрестный допрос. Статья 8.5 в новой редакции четко указывает, что состав арбитража может разрешить такие дополнительные прямые показания.

Ничто в Правилах доказывания МАЮ не препятствует составу арбитража заслушивать свидетелей другим способом, например, традиционным для некоторых стран гражданского права, когда свидетели сначала допрашиваются составом арбитража, а затем допрашиваются сторонами. Этот метод предполагает глубокое знание дела и изучение законодательства составом арбитража.

### *Свидетели состава арбитража*

Инквизиционные полномочия состава арбитража вытекают из *lex arbitri* места проведения арбитража<sup>20</sup>. Инквизиционные полномочия могут также вытекать из процедуры, согласованной сторонами<sup>21</sup>. Правила МАЮ о доказательствах не предусматривают столь же широких инквизиционных полномочий состава арбитража, но статья 8.6 охватывает основной случай, когда инквизиционные полномочия могут быть осуществлены: заслушивание ключевого свидетеля, который, как правило, ранее был связан с обеими сторонами, но которого стороны по каким-то причинам не смогли убедить явиться, возможно, потому что они больше не поддерживают тесных связей со свидетелем. Такого свидетеля состав арбитража часто допрашивает в инквизиционной манере, описанной выше. Хотя это прямо не предусмотрено, это предполагается вторым предложением статьи 8.6.

По окончании слушания по доказательствам сторонам иногда предлагается высказать свои комментарии по поводу оценки доказательств и вопросам права. Такие комментарии также могут быть представлены в письменных объяснениях по результатам слушаний или на отдельном «окончательном» или «согласительном» слушании, или обоими способами. Правила МАЮ о доказательствах не касаются этого этапа разбирательства.

## **Статья 9 – Допустимость и оценка доказательств**

Статьи 1-8 Правил МАЮ о доказательствах определяют механизмы сбора и представления доказательств составу арбитража. Статья 9 содержит принципы, в соответствии с которыми состав арбитража должен определить, какие доказательства он должен надлежащим образом рассмотреть и как он должен оценить доказательства, которые надлежащим образом представлены ему.

---

<sup>20</sup> См., например, статью 34(2)(g) Закона об арбитраже Англии 1996 года; статью 184 Закона о международном частном праве Швейцарии.

<sup>21</sup> См., например, статью 22(1)(iii) Арбитражного регламента LCIA.

Статья 9.1 устанавливает общий принцип, также встречающийся во многих институциональных арбитражных регламентах и регламентах арбитражей *ad hoc*, согласно которому состав арбитража самостоятельно оценивает допустимость, относимость, существенность и вес доказательств. Очевидно, что состав арбитража должен использовать свое усмотрение при принятии таких решений, которые являются центральными в его роли.

Статьи 9.2 и 9.3 устанавливают ограничения в отношении допустимых доказательств, как устных, так и письменных. Эти ограничения также применяются к представлению документов в соответствии со статьей 3 и проведению осмотров в соответствии со статьей 7. Эти ограничения важны, поскольку они подчеркивают разграничение между правами сторон и полномочиями состава арбитража. Хотя статья 9.2 гласит, что состав арбитража «должен» отклонить доказательства, соответствующие одному из указанных критериев, состав арбитража, очевидно, оставляет за собой право определять, был ли на самом деле этот критерий соблюден. Кроме того, вводная формулировка статьи 9.2 с изменениями, внесенными Рабочей группой 2020 года ясно дает понять, что состав арбитража вправе по своему усмотрению исключить доказательство полностью или частично, в зависимости от того, применяются ли основания, перечисленные в статье 9.2, ко всему документу или другому доказательству или только к некоторым его частям.

Статья 9.2(a) предусматривает простое положение о том, что состав арбитража должен исключить доказательства, которые не имеют достаточного отношения к делу или не являются существенными для его исхода.

### *Юридический запрет или привилегия*

Статья 9.2(b) предусматривает защиту документов и других доказательств, на которые могут распространяться специальные правовые режимы в соответствии с применимым законодательством, такие как адвокатская тайна, профессиональная тайна или привилегия «без ущерба для позиции», защищающая заявления сторон по поводу возможности досудебного урегулирования спора. Рабочая группа 1999 года посчитала важным признание таких прав в международном арбитраже.

Подкомитет по редактированию 2010 года представил дополнительные рекомендации по определению применимых прав в статье 9.4 (ранее статья 9.3) (а Рабочая группа 2020 года добавила в формулировку конкретную перекрестную ссылку на статью 9.4). Хотя применяемый стандарт остается на усмотрение состава арбитража, желательно, чтобы состав арбитража принял во внимание элементы, изложенные в статье 9.4, в частности, если стороны подчиняются различным правовым или этическим нормам. Статья 9.4(a) стремится охватить как общее правовое понимание адвокатской тайны, так и гражданско-правовое понимание обязанности хранить профессиональную тайну. Статья 9.4(b) выражает общее понимание так называемой привилегии «на урегулирование», которая признается в некоторых юрисдикциях и относится к содержанию переговоров о мирном урегулировании спора. Статья 9.4(c) выражает руководящий принцип, согласно которому следует принимать во внимание ожидания сторон и их представителей на момент возникновения юридического запрета или привилегии. Часто эти ожидания формируются подходом к привилегиям, преобладающим в юрисдикции страны проживания таких лиц. Статья 9.4(d) содержит важное исключение из привилегии во многих странах, а именно отказ от применимого юридического запрета. Наконец, статья 9.4(e) подчеркивает необходимость поддержания справедливости и равенства между сторонами. Необходимость защиты справедливости и равенства между сторонами может возникнуть, когда подходы к привилегиям, преобладающие в юрисдикциях сторон, различаются между собой. Например, одна юрисдикция может признавать привилегию "на урегулирование", а другая – нет, или одна юрисдикция может распространять привилегию "адвокат-клиент" на штатных юристов клиента, а другая отказывается от этого. В таких случаях применение различных правил к сторонам может привести к несправедливости, поскольку документы одной стороны будут защищены от необходимости предоставления, а документы другой – нет.

Статья 9.2(c) разрешает составу арбитража исключать из требования о раскрытия или из материалов дела любые документы или другие доказательства, если их представление будет являться неразумно обременительным. Это необоснованное бремя может принимать различные формы, и характер этого бремени специально оставлен на усмотрение состава арбитража. Например, речь может идти о раскрытии таких документов в ответ на ходатайство другой стороны, которые, хотя и определены надлежащим образом в соответствии со статьей 3.3(a)(i) и имеют отношение к делу и существенны для его исхода, но истребованы в таком количестве, что их раскрытие будет неоправданно обременительным для раскрывающей стороны. Аналогичным образом, статья 9.2(c) может охватывать ситуацию, когда определенный документ существует и даже может считаться находящимся «в распоряжении, ведении или под контролем» другой стороны (см. статью 3.3(c)(ii)), но, тем не менее, его получение может быть неоправданно затруднительным для стороны. Статья 9.2(d) также не должна вызывать вопросов, поскольку документ, который был утерян или уничтожен, не может быть раскрыт. Поскольку доказать отрицательный факт (утрату документа) может быть невозможно, статья 9.2(d) предусматривает, что такая утрата должна быть доказана с разумной вероятностью.

### *Конфиденциальность*

Статья 9.2(e) касается коммерческой и технической конфиденциальности. Статья 3 предусматривает возможность раскрытия некоторые внутренние документов в международном арбитражном разбирательстве, даже если такие документы не могут раскрываться в государственных судах определенных юрисдикций. Однако Правила МАЮ также признают, что некоторые документы могут быть настолько связаны с коммерческой или технической конфиденциальностью, что их раскрытия не следует требовать. Это основание может применяться, если существуют веские причины для сохранения конфиденциальности документов и у стороны есть законные основания возражать против раскрытия этих документов. Например, если стороны спора являются конкурентами, у стороны может возникнуть законная обеспокоенность по поводу раскрытия коммерческих условий своих соглашений с клиентами или партнерами, или своих ноу-хау, торговых секретов, формул или спецификаций продукции, бизнес-планов и тому подобного. Такие опасения могут также возникнуть, если, например, на основании предыдущего поведения другой стороны существует вероятность того, что документы или доказательства могут быть обнародованы или раскрыты третьим лицам. Соображения защиты персональных данных (например, в соответствии с GDPR и аналогичным национальным законодательством) могут подпадать под ту же статью. Однако вместо исключения всего документа из числа документов или доказательств арбитраж может распорядиться о принятии соответствующих мер по сохранению конфиденциальности доказательств в соответствии со статьей 9.5.

Хотя Правила МАЮ о доказательствах не рассматривают подробно вопрос о допустимости представления доказательств, полученных стороной в ходе других арбитражных разбирательств, статья 9.2(e) может применяться и в этих ситуациях. При рассмотрении вопроса о том, следует ли предписать или разрешить представление таких доказательств, состав арбитража может принять во внимание обязательства стороны по соблюдению конфиденциальности согласно соответствующим арбитражным регламентам или арбитражному соглашению, а также исходя из соображений справедливости.

В то время как более ранние версии Правил МАЮ о доказательствах указывали только «коммерческую и техническую тайну», международные политические организации указывали, что этот термин может не охватывать их конфиденциальную информацию. Поэтому Правила были дополнены статьей 9.2(f), чтобы приравнять особую политическую или институциональную конфиденциальность к коммерческой или технической тайне. В обоих случаях состав арбитража оставляет за собой право по своему усмотрению определить, являются ли соображения конфиденциальности или деликатности достаточными для исключения этих документов из числа

доказательств или из объема раскрываемой информации. Как отмечается в Правилах МАЮ, для исключения доказательств состав арбитража должен признать эти соображения «убедительными».

Статья 9.5 также четко указывает, что состав арбитража может принять определенные меры для защиты конфиденциальной информации. Например, если есть опасения, что документы могут быть раскрыты третьим лицам, состав арбитража может вынести постановление о запрете дальнейшего распространения доказательств (постановление о конфиденциальности) или поручить сторонам заключить соглашение о неразглашении. Если существует опасение, что законные интересы стороны требуют неразглашения конфиденциальной информации другим сторонам разбирательства, состав арбитража может распорядиться о предоставлении документов с вымаранными частями или, если это допускается законами и правилами, применимыми к сторонам и их представителям, распорядиться, чтобы обмен документами осуществлялся только между юридическими представителями (так называемое «только для юридических представителей»), не предоставляя сторонам доступа к ним. Наконец, состав арбитража может назначить независимого эксперта, как это предусмотрено в статье 3.8, для изучения соответствующего документа, чтобы сообщить составу арбитража и сторонам о его не конфиденциальном содержании. Рабочая группа 2020 года разъяснила, что такие договоренности о конфиденциальности могут применяться как на стадии подготовки документов, так и на стадии представления документов в качестве доказательств в арбитражном разбирательстве.

Когда стороны предполагают сослаться на конфиденциальность или привилегию (статья 9.2 (b), (e) и (f)), стороны и состав арбитража могут рассмотреть вопрос о целесообразности составления сторонами журналов документов, защищенных привилегией или конфиденциальностью для указания своих возражений.

Статья 9.2(g) является общим положением, призванным обеспечить процессуальную экономию, пропорциональность, справедливость и равенство сторон. Например, документы, которые могут считаться привилегированными в одной национальной правовой системе, могут не считаться таковыми в другой. Если такая ситуация будет создавать несправедливость, состав арбитража может исключить представление формально непривилегированных документов в соответствии с этим положением. В целом, можно надеяться, что данное положение поможет обеспечить сторонам справедливое, а также эффективное и результативное рассмотрение дела составом арбитража.

### *Доказательства, полученные незаконным путем*

Статья 9.3 является новым положением, добавленным Рабочей группой 2020 года. Оно предусматривает, что состав арбитража может по ходатайству стороны или по своему усмотрению исключить доказательства, полученные незаконным путем. Например, если закон страны, где была сделана запись разговора, запрещает записывать разговоры без разрешения участников, такая запись может считаться полученной незаконно и поэтому арбитраж может исключить ее из числа доказательств.

Рабочая группа 2020 года рассмотрела возможность фиксации конкретных обстоятельств, при которых такие доказательства должны быть исключены, но пришла к выводу, что четкого консенсуса по этому вопросу нет. Национальные законы различаются по вопросу о том, следует ли исключать незаконно полученные доказательства из числа доказательств как в уголовном, так и в гражданском судопроизводстве. Аналогичным образом, составы арбитража в разных делах приходили к различным выводам, принимая во внимание различные факторы, в частности: была ли представляющая доказательства сторона причастна к их незаконному получению, соображения соразмерности и того, являются ли спорные доказательства существенными и решающим, стало ли доказательство общедоступным в результате публичных «утечек», а также однозначность и серьезность противоправности действия, которое привело к получению доказательства. Рабочая группа 2020 года попыталась учесть это разнообразие, предусмотрев, что арбитраж «может»

исключить доказательства в соответствии со статьей 9.3, в то время как он «должен» исключить доказательства при наличии оснований, предусмотренных статьей 9.2.

### *Неблагоприятные выводы*

Наконец, как отмечалось выше при обсуждении статьи 3, положения статей 9.6 и 9.7 позволяют составу арбитража сделать выводы из того, что сторона не представила документ или не представила другие доказательства, истребованные составом арбитража. В этом случае состав арбитража может признать, что такой документ или доказательство будут противоречить интересам этой стороны. В тех случаях, когда запрашивающая сторона просит арбитров сделать соответствующий вывод, можно ожидать, что она четко и конкретно изложит, в чем именно должен заключаться такой вывод, и почему составу арбитража надлежит его сделать. Статья 9.8 предоставляет составу арбитража право налагать санкции на стороны за нарушение требования добросовестности (см. пункт 3 преамбулы) путем распределения расходов или любыми другими способами, предусмотренными Правилами МАЮ.

\* \* \*

Рабочая группа 2020 года считает, что пересмотренные Правила МАЮ сохраняют баланс, достигнутый в Правилах МАЮ о доказательствах 1999 и 2010 годов. Она также уверена, что пересмотр будет способствовать дальнейшему использованию и успешному применению Правил МАЮ в качестве эффективного механизма содействия сторонам при проведении международных арбитражных разбирательств.