

Кафедра международного частного и гражданского права
имени С.Н. Лебедева МГИМО МИД России
Морская арбитражная комиссия при ТПП РФ
Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ

In Memoriam

В.А. КАБАТОВ

С.Н. ЛЕБЕДЕВ

Сборник воспоминаний, статей,
иных материалов

Научные редакторы
А.И. Муранов, О.Н. Зименкова, А.А. Костин

Составитель *А.И. Муранов*

Редактор *П.Д. Савкин*

Ответственный секретарь *Ю.А. Шабалина*

Москва • 2017



К ВОПРОСУ О ПРИМЕНЕНИИ ПРАВИЛ МЕЖДУНАРОДНОЙ АССОЦИАЦИИ ЮРИСТОВ О ПОЛУЧЕНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ

Роман Михайлович Ходыкин,
кандидат юридических наук, доцент,
солиситор Высших судов Англии и Уэльса, партнер международной
юридической фирмы *Berwin Leighton Paisner LLP* (г. Лондон)

In Memoriam

Данная работа написана в память о двух великих российских правоведах — докторе юридических наук, профессоре Виталии Алексеевиче Кабатове и кандидате юридических наук, профессоре Сергее Николаевиче Лебедеве. Автору настоящих строк выпала большая честь быть аспирантом, а позже доцентом на кафедре международного частного и гражданского права МГИМО МИД России, которую много лет возглавлял С.Н. Лебедев и профессором которой являлся В.А. Кабатов. Кроме того, именно С.Н. Лебедев стал научным руководителем моей диссертации. Очень трудно писать об этих великих людях в прошедшем времени и осознавать, что уже никогда не удастся побеседовать с ними. Они были патриархами цивилистической школы МГИМО и останутся ими навсегда в наших сердцах.

Будучи аспирантом С.Н. Лебедева, я имел уникальную возможность время от времени обсуждать с ним свои научные идеи и работы. Сергей Николаевич был очень занятым человеком и встретиться с ним было трудно даже для его аспирантов. Но все-таки мне это удавалось. Любая встреча с ним и обсуждение каких-то идей на многое открывали глаза. Он знал такое, о чем могли рассказать лишь единицы на всей территории бывшего СССР. Помню, например, как мы обсуждали критерий «наиболее тесной связи» в международном частном праве, и профессор Лебедев сказал: *«Когда мы готовили проект Гаагской конвенции 1986 г. о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, по поводу критерия наиболее тесной связи возник спор между профессором Даймондом¹ из Лондона и мной. Поскольку мнения разработчиков сильно*

¹ Профессор О.Л. Даймонд (A.L. Diamond) был английским судьей, а также написал много работ по вопросам международного частного права (см., например: *Diamond A.L.*

расхотелись, мы вынуждены были выработать компромисс, который был не очень удачным. В результате прошло много лет, а Конвенция эта так и не набрала необходимого количества ратификаций». Такие детали нельзя найти даже в опубликованных работах ученого!¹ С.Н. Лебедев стоял у истоков многих международных договоров и мог из первых уст рассказать, почему то или иное решение было включено в текст конвенции, и этот пример – яркое тому подтверждение.

С Виталием Алексеевичем я познакомился, когда сдавал экзамен в аспирантуру МГИМО. После этого мне посчастливилось работать с ним на одной кафедре. Для меня он навсегда останется нравственным идеалом и эталоном несгибаемой воли. Поистине уникальный человек! Несмотря на тяжелое ранение и ампутацию обеих рук, после Великой Отечественной войны он окончил юридический факультет МГУ, стал кандидатом, а впоследствии и доктором юридических наук, заслуженным деятелем науки РСФСР. Это был настоящий интеллигент. От него я никогда не слышал худого слова. Он излучал доброту и порядочность, всегда был готов помочь словом и делом. Ему хватало сил и на спорт: он регулярно ходил на лыжах и мог дать фору многим молодым!

Помимо учебной, научной и преподавательской деятельности, С.Н. Лебедева и В.А. Кабатова объединяла работа в сфере международного арбитража. Сергей Николаевич по праву считался одним из самых лучших советских, а впоследствии российских специалистов по международному арбитражу. В течение многих лет он был председателем МАК, членом Президиума и арбитром МКАС. Кроме того, профессор Лебедев входил в состав советских и российских делегаций по выработке многих конвенций, а также занимал высокие посты в международных организациях. Достаточно вспомнить назначение С.Н. Лебедева вице-президентом Международного совета по коммерческому арбитражу – это одна из самых влиятельных арбитражных организаций в мире! Виталий Алексеевич также был арбитром МКАС и участвовал в разрешении многих споров. Кроме того, они выступали арбитрами по делам, рассматриваемым в Стокгольме, Вашингтоне, Лондоне, Цюрихе и многих других центрах.

Harmonisation of Private International Law Relating to Contractual Obligations // *Recueil de Cours Collected Courses. Academie de Droit International de la Haye. Vol. 199 (1986)*.

¹ *Лебедев С.Н.* К пересмотру Гаагской конвенции 1955 г. // *Лебедев С.Н.* Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / МГИМО (У) МИД России. Кафедра междунар. частн. и гражд. права; Сост. А.И. Муранов. – М.: Статут, 2009. С. 577–587.

Именно из-за этой связи с международным арбитражем и была выбрана тема, касающаяся данного способа разрешения споров.

* * *

1. Введение

Данная статья посвящена Правилам Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже (далее – Правила или Правила МАЮ)¹.

Правила являются одним из самых успешных рекомендательных сводов правил в сфере международного арбитража. Так, по результатам исследования, проведенного в 2012 г. Школой международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета (Queen Mary University of London), было установлено, что Правила применяются в 60% арбитражных разбирательств в мире². В другом исследовании, проведенном в 2015 г., 77% респондентов подтвердили, что использовали Правила, и 69% отметили их высокую эффективность³.

Несмотря на такую популярность Правил в мире арбитража, а также наличие затрагивающих их отечественных научных публикаций⁴,

¹ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Перевод Правил на русский язык, а также комментарий Рабочей группы по подготовке перевода см.: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> (последнее посещение – 24 февраля 2017 г.).

² 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>> (последнее посещение – 24 февраля 2017 г.).

³ Report on Reception of the IBA Arbitration Soft Law Products (16 September 2016) <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=105D29A3-6261-4437-84E2-1C86378444BEB>> (последнее посещение – 24 февраля 2017 г.), ¶ 13.

⁴ См., например: *Вилкова Н.Г.* Пределы процессуальной свободы договора в международном коммерческом арбитраже, или Являются ли стороны хозяевами арбитражного процесса? // *Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации* / Под ред. А.А. Костина; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2012. С. 51–67; *Гребельский А.В.* Раскрытие письменных доказательств в международном коммерческом арбитраже // *Право и экономика*. 2015. № 8 (СПС «КонсультантПлюс»); *Он же.* Электронные доказательства в международном коммерческом арбитраже // *Закон*. 2015. № 10 (СПС «КонсультантПлюс»); *Зименкова О.Н.* Доказательства в практике МКАС при ТПП РФ // *Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации* / Под ред. А.А. Костина; МКАС при ТПП РФ. С. 122–137; Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-про-

автору не удалось найти ни одного арбитражного или судебного дела в России, в котором Правила были бы применены. Это очень печально для тех, кто работал с Правилами и ощутил на себе, насколько они упрощают жизнь. Но, с другой стороны, Россия в этом смысле не одинока. Так, применение Правил в ведущих европейских центрах арбитража встречается более чем в 60% дел, в то время как в странах Латинской Америки — только в 30% дел, а в странах Африки и того меньше — 25%¹.

При этом опросы специалистов по арбитражу в странах с низким уровнем применения Правил показывают, что непопулярность вызвана в основном незнанием Правил, а не принципиальным несогласием с закрепленными в них положениями². Это подтверждается, помимо прочего, тем, что только 10% опрошенных по всему миру юристов считают, что Правила нуждаются в каких-то изменениях, — большинство же однозначно высказывается, что Правила являют собой хороший компромисс между подходами стран общего права и континентального права и должны оставаться неизменными, по крайней мере в обозримом будущем³.

Начиная исследование Правил, нужно отметить, что они уже выдержали несколько редакций. В частности, ранее действовала редакция 1999 г., но в какой-то момент сложилось мнение, что международный арбитраж уже серьезно шагнул вперед, поэтому Правила 1999 г. не совсем полно соответствуют его современным тенденциям. В результате появилась на свет редакция Правил 2010 г., которая действует в настоящий момент и станет предметом исследования в этой работе.

В рамках такой короткой публикации не представляется возможным осветить все интересные и спорные моменты применения Правил, поэтому хотелось бы сфокусироваться только на трех моментах:

мышленной палате Российской Федерации: научно-практический комментарий (постатейный) / Под общ. ред. А.С. Комарова. — М.: Инфотропик Медиа, 2012; Пенцов Д.А. Материально-правовые и процессуальные основания для требований о раскрытии доказательств в международном коммерческом арбитраже: единство или борьба противоположностей? // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 2: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. — М.: Инфотропик Медиа, 2014. С. 234–258; Рубина Е.А. Привилегии в области доказательств в международном арбитраже с участием российских компаний // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. — М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 172–189.

¹ Report on Reception of the IBA Arbitration Soft Law Products (16 September 2016), ¶ 13.

² *Ibid.*, ¶ 27.

³ *Ibid.*, ¶ 79.

1) общем подходе Правил к раскрытию доказательств; 2) возможности применения Правил в отечественном арбитраже; 3) рассуждениях о «забытом положении» Правил – ст. 2, которая, согласно недавним исследованиям, применяется наиболее редко.

2. Общий подход Правил

Сама идея создания Правил подразумевала, что они должны примирить различные (зачастую – полярные) подходы к раскрытию доказательств в разных частях мира, поскольку арбитраж является по-прежнему международным способом разрешения споров и очень редко полностью копирует подходы, принятые судами той или иной страны. В Рабочую группу вошли представители различных континентов и правовых школ, чтобы сообща выработать приемлемый компромисс. Эту задачу ставили перед собой разработчики при создании Правил 1999 г.; ей также следовали и разработчики редакции 2010 г.

Однако по-прежнему встречаются противоположные оценки новой редакции Правил. Например, один из их разработчиков – В.В. Видер из Великобритании – результат описал позитивно, но при этом достаточно обтекаемо: *«Вторая редакция Правил МАЮ, безусловно, является успехом и представляет собой удачный и прагматичный компромисс разных процессуальных традиций, который сочетает лучшие из них и избавляется от некоторых худших, обеспечивая наднациональные процедуры для трансграничного арбитража»*¹.

В то же время другой представитель школы общего права указывает, что *«Правила являются собой ошибочную комбинацию разнообразных аспектов различных традиций»*².

Какая из точек зрения является правильной? Насколько существующая редакция Правил является разумной?

В государственных судах различных стран подходы действительно сильно отличаются. Например, по праву Англии, даже после проведенных реформ, которые упразднили обязанность раскрывать некоторые

¹ *Veeder V.V.* Chapter 6. Are the IBA Rules «Perfectible»? // *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies* (= *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 6*) / T. Giovannini, A. Mourre (eds.) (ICC Publication No. 698). Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC), 2009. P. 320.

² См.: *Shore L.* Three Evidentiary Problems in International Arbitration: Producing the Adverse Document, Listening to the Document That Does Not Speak for Itself, and Seeing the Witness Through Her Written Statement // *Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)*. 2004. Heft 2. S. 76.

побочные документы, «каждая сторона должна раскрывать и разрешать изучать: документы, на которых она будет основывать свои аргументы; которые имеют неблагоприятные последствия для ее позиции или позиции ее оппонента либо поддерживают позицию ее оппонента»¹. Причем важно, что обязанность по раскрытию этих доказательств лежит на стороне независимо от того, делает ходатайство о раскрытии доказательств другая сторона или нет: эта обязанность возложена на стороны процессуальным законом.

В праве США ситуация еще более радикальная. По общему правилу судебное разбирательство в США начинается подачей краткого искового заявления, в котором сжато излагаются фабула дела, основные факты и в общем виде формулируются средства правовой защиты, испрашиваемые истцом (например, указывается, что истец просит взыскать убытки, размер которых будет определен позже). На этой стадии истец не обязан детально описывать все доказательства и формулировать исковые требования. После подачи такого краткого искового заявления истец может заявить об истребовании доказательств от своего оппонента и с учетом полученных документов окончательно сформулировать предмет и основания своих исковых требований. В результате в США истец вправе истребовать очень широкий круг доказательств, в то время как в иных странах возможность их получения ограничена рамками исковых требований.

Законодательство стран континентальной правовой традиции, как правило, предусматривает очень ограниченное раскрытие доказательств. На стороны обычно возложена обязанность раскрывать только те доказательства, на которые сторона ссылается в обоснование своих исковых требований, и нет обязанности раскрывать какие-либо документы, которые помогают оппоненту. При этом, однако, сторона может просить суд истребовать доказательства. Ходатайства об истребовании доказательств также имеют свои особенности: например, по сравнению со странами общего права нужно гораздо более четко определить, какое доказательство сторона просит истребовать (нельзя запрашивать широкие категории), и суды континентальных стран гораздо менее склонны такие запросы удовлетворять.

Надо сразу сказать, что разработчики Правил пытались, с одной стороны, найти компромисс между отношением к раскрытию дока-

¹ См.: Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Пер. с англ.; Под ред. Р.М. Ходыкина; Кембриджский ун-т. — М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 121—122.

зательств в различных правопорядках, а с другой — закрепить применение подходов, сложившихся и устоявшихся в мире международного арбитража.

Достигнутый компромисс закреплен в ст. 3 Правил следующим образом:

«Статья 3. Документы

1. В пределах установленного Составом арбитража срока каждая Сторона представляет Составу арбитража и другим Сторонам все имеющиеся в ее распоряжении Документы, на которые она ссылается, включая официальные Документы и Документы из открытых источников, за исключением Документов, уже представленных другой Стороной.

2. В пределах установленного Составом арбитража срока любая из Сторон может представить Составу арбитража и другим Сторонам ходатайство о предоставлении документов.

3. Ходатайство о предоставлении документов должно содержать:

(a)(i) описание каждого запрашиваемого Документа, достаточное для его идентификации, или (ii) описание с достаточной степенью подробности (включая предмет) конкретной узкой категории запрашиваемых Документов, существование которых можно обоснованно предполагать; в случае если Документы хранятся в электронной форме, запрашивающая Сторона может самостоятельно либо должна по распоряжению Состава арбитража идентифицировать конкретные файлы, критерии поиска, конкретных лиц или другие способы поиска таких Документов эффективным и экономичным способом;

(b) объяснение того, каким образом запрашиваемые Документы относятся к делу и являются существенными для его разрешения; и

(c)(i) заявление о том, что запрашиваемые Документы не находятся в распоряжении, ведении или под контролем запрашивающей Стороны, или объяснение причин, по которым предоставление данных Документов самой запрашивающей Стороной было бы для нее необоснованно обременительным, и (ii) объяснение причин, по которым запрашивающая Сторона полагает, что запрашиваемые Документы находятся в распоряжении, ведении или под контролем другой Стороны.

4. В пределах установленного Составом арбитража срока Сторона, которой адресовано ходатайство о предоставлении документов, представляет другим Сторонам и, если об этом распорядится Состав арбитража, Составу арбитража все запрашиваемые Документы, которые находятся в ее распоряжении, ведении или под контролем, и по поводу представления которых она не заявляет возражений.

5. Если Сторона, которой адресуется Ходатайство о предоставлении документов, имеет возражения по поводу представления некоторых или всех запрашиваемых Документов, она должна в письменной форме изложить свои возражения Составу арбитража и другим Сторонам в пределах установленного Составом арбитража срока. Причинами для возражений могут быть любые изложенные в Статье 9.2 основания либо нарушение каких-либо требований Статьи 3.3.

6. После получения подобного возражения Состав арбитража может предложить соответствующим Сторонам провести консультации друг с другом, чтобы разрешить возражения.

7. В пределах установленного Составом арбитража срока любая из Сторон может ходатайствовать перед Составом арбитража о вынесении решения по заявленным возражениям. В этом случае Состав арбитража по итогам консультаций со Сторонами должен своевременно рассмотреть Ходатайство о предоставлении документов и возражения. Состав арбитража может приказать Стороне, которой адресовано такое Ходатайство, представить любой запрошенный Документ, находящийся в ее распоряжении, ведении или под контролем, если решит, что (i) вопросы, которые намерена доказывать запрашивающая Сторона, относятся к делу и существенны для его разрешения; (ii) ни одно из оснований для возражения, предусмотренных Статьей 9.2, не применимо; и (iii) условия, предусмотренные Статьей 3.3, выполнены. Любой такой Документ должен быть предоставлен другим Сторонам и, при наличии такого распоряжения, Составу арбитража».

В отношении подхода новой редакции Правил в российской литературе встречаются следующие утверждения: «Говоря о закреплении того или иного подхода на уровне источников регулирования, следует подчеркнуть, что предыдущие редакции Правил МАЮ были несколько ближе к континентальному подходу, нежели чем редакция 2010 г. В частности, согласно статье 4.4 редакции 1983 г. сторона должна была, как это принято в континентальных системах, указать конкретный документ (специфическое письмо, договор и тому подобное) в качестве доказательства, подлежащего истребованию. Именно такой подход практикуется и в российских государственных судах. Сторона по делу не может ходатайствовать о предоставлении группы или класса документов, хотя и объединенных признаком относимости, но не конкретизированных»¹.

¹ Гребельский А.В. Раскрытие письменных доказательств в международном коммерческом арбитраже (СПС «КонсультантПлюс»).

Действительно, ст. 3 Правил более широко подходит к определению тех документов, которые стороны могут истребовать: в частности, она разрешает запрашивать не только конкретные документы, но и категории документов.

С другой стороны, нехарактерным для модели общего права является то, что у сторон нет позитивной обязанности раскрывать все релевантные документы, в том числе документы, которые помогают другой стороне; согласно букве Правил, такая обязанность возникает только тогда, когда соответствующий запрос удовлетворен составом арбитража.

Между тем представляются спорными попытки выявить, к какой системе — континентальной или англосаксонской — тяготеет действующая редакция Правил. Нельзя забывать, что Правила — это документ, который изначально задумывался и реализовывался как компромисс, как попытка примирить различия в правовых традициях. Арбитраж всегда был универсальным и международным, он всегда сильно отличался от судебных разбирательств в той или иной стране. Правила лишь предлагают то, что арбитражные юристы из разных частей мира уже используют в той или иной мере¹.

Разработчики Правил также отмечают, что вопрос о том, должна ли сторона иметь право истребовать доказательства от другой стороны и на каких условиях, занимал основную часть времени в процессе дискуссий Рабочей группы в 1999 г. Юристы из стран общего и континентального права обсуждали названный вопрос с таким рвением, что это обнажило коренные различия двух указанных правовых систем в отношении истребования и представления доказательств. В то же время разработчики полагают, что дискуссия породила сбалансированный подход, который теперь является общепризнанным и в странах общего права, и в континентальной правовой традиции. Новая редакция Правил также поддерживает этот баланс².

Аналогичный вывод можно встретить и в отечественной литературе: *«Поскольку в международном коммерческом арбитраже сторонами споров могут выступать представители разных правовых систем, в литературе высказывается предположение, что характерные различия между системами права в международных коммерческих арбитражах*

¹ См., например: *Ashford P. The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide.* — Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 11.

² Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> (последнее посещение — 24 февраля 2017 г.).

постепенно стираются, поскольку практика арбитражей выработала определенные принципы, которые являются своего рода компромиссом между различными правовыми системами. Примером достижения подобного компромисса могут служить Правила Международной ассоциации юристов (МАЮ) по истребованию доказательств в международном коммерческом арбитраже»¹.

Хотя в конечном итоге было принято решение не включать позитивную обязанность раскрывать «явно релевантные» документы, имеющиеся в распоряжении стороны, нельзя не отметить, что сокрытие релевантных документов в некоторых случаях может привести к отмене решения. Например, в Англии в наиболее вопиющих случаях можно попробовать отменить решение по ст. 68(2)(g) Закона об арбитраже 1996 г. (Arbitration Act 1996), согласно которой основанием к отмене решения может являться факт, что «решение было получено в результате мошенничества или решение либо способ его получения противоречат публичному порядку».

Однако делать это можно только в исключительных случаях. Английские суды подходят к отмене решений по таким основаниям с осторожностью. Например, в деле *Chantiers de l'Atlantique SA v. Gaztransport & Technigaz SAS*² судья указал следующее: «...важно помнить, что арбитраж по Регламенту ICC проводился в данном случае в соответствии с гражданско-правовой [имеется в виду — континентальной. — Р.Х.] арбитражной процедурой. В частности, правила раскрытия доказательств базировались на Правилах МАЮ. Не было обязанности раскрывать релевантные документы наподобие той, которая предусмотрена в части 31 Правил гражданского судопроизводства и которая применялась бы к лондонскому арбитражному разбирательству, проводимому в соответствии с английскими правилами. В такой ситуации суд должен быть осторожным и не приносить в оценку поведения [Ответчика] и серьезных обвинений в сокрытии доказательств, сделанных [Истцом], концепции обязанностей по раскрытию доказательств английского права. Если бы данный вопрос рассматривался в контексте обязательств по раскрытию по английскому праву, то это могло бы вызвать определенную критику,

¹ Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постатейный, научно-практический: Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства. Вып. 2 / Сост. Г.В. Севастьянов; Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина. — СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2007. С. 90. (Библиотека журнала «Третейский суд». Вып. 2 «Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства».)

² [2011] EWHC 3383 (Comm.), para. 213 (Flaux J).

но важно помнить, что данный арбитраж проводился в рамках более узкой процедуры раскрытия по Правилам МАЮ, которая гораздо ближе к процедуре, применимой во французских судах».

Американские участники международных третейских разбирательств также зачастую пытаются обжаловать арбитражные решения, вынесенные не в их пользу, на том основании, что их право на справедливое судебное разбирательство и представление всех имеющихся доказательств в поддержку своих требований и возражений было нарушено отказом в проведении процедуры *discovery* в ее американском варианте¹.

Опять же, такие заявления крайне неоднозначны. Если в деле была проведена процедура раскрытия в той или иной форме, то гораздо сложнее просить отменить решение, ведь, как правило, права стороны не нарушаются, когда обеим сторонам предоставлены равные возможности по получению доказательств.

В заключение хочется отметить, что арбитраж многообразен и интернационален, поэтому профессиональный опыт и образование арбитров и представителей сторон, как правило, оказывают влияние на ход разбирательства. Например, недавнее исследование показало, что арбитры из стран общего права гораздо чаще истребуют доказательства по сравнению с арбитрами из континентальных стран². В этом смысле Правила являют собой разумный компромисс между различными правовыми системами. Они призваны закрепить лучшие современные тенденции и сделать раскрытие доказательств в арбитраже гораздо более предсказуемым и менее подверженным региональным предпочтениям.

3. Применение Правил в отечественном арбитраже

Как уже отмечалось выше, вызывает сожаление, что такой общепризнанный и удачный документ, как Правила, пока не применяются российскими арбитражами.

¹ См.: *Certain Underwriters at Lloyd's, London et al. v. Boeing Co. et al.*, 385 Ill. App. 3d 23, 49 (Ill. App. Ct 1st Dist. 2008); *Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara et al.*, 364 F.3d 274, 302 (5th Cir. 2004) (приводится по: Гребельский А.В. Раскрытие письменных доказательств в международном коммерческом арбитраже (СПС «КонсультантПлюс»)).

² См.: Berwin Leighton Paisner's Research based report on perceptions of document production in international arbitration process. 2013 <http://www.blplaw.com/media/International_Arbitration/BLP_International_Arbitration_Survey_2013_.pdf> (последнее посещение – 20 февраля 2017 г.); см. также: Ходыкин Р.М. Истребование доказательств в арбитраже: упрямые факты // *Legal Insight*. 2013. № 9(25). С. 64.

Возможно, одной из причин является мнение о том, что применение Правил будет противоречить Регламенту МКАС и поэтому невозможно в арбитражах МКАС. В частности, такой подход высказывался О.Н. Зименковой, которая обосновывает свою точку зрения следующим образом: *«Наличие Правил МАЮ ставит вопрос о том, могут ли стороны своим соглашением просить арбитраж об их применении в арбитражном разбирательстве. Пункт 2 § 26 Регламента МКАС предусматривает, что МКАС применяет к процедуре ведения разбирательства положения Регламента с учетом соглашения сторон, если таковое не противоречит императивным нормам применимого законодательства о международном коммерческом арбитраже и принципам Регламента. Следовательно, стороны могут договориться о процедуре ведения арбитражного разбирательства, однако такая договоренность или соглашение сторон не должны входить в противоречие с принципами Регламента МКАС. Возложение бремени доказывания обстоятельств и фактов, на которые стороны ссылаются как на основание своих требований и возражений, следует считать одним из принципов Регламента МКАС, поэтому возложение на состав арбитража по соглашению сторон обязанности выдавать процессуальный запрос сторонам или одной из сторон о представлении того или иного доказательства выходит за рамки Регламента. Разумеется, МКАС вправе при решении вопросов, не урегулированных Регламентом и соглашением сторон, вести разбирательство таким образом, какой он считает надлежащим, соблюдая при этом равное отношение к сторонам и предоставление каждой стороне необходимой возможности для защиты своих интересов (п. 2 § 26 Регламента). При необходимости, с учетом общих начал разбирательства и объективного рассмотрения спора, состав арбитража может потребовать представления сторонами доказательств (п. 1 § 31), однако своим соглашением стороны не вправе обязать состав категорически предписать стороне (сторонам) представить то или иное доказательство.*

Поэтому при наличии указанных положений Регламента стороны не вправе договариваться о применении Правил МАЮ для ведения арбитражного разбирательства»¹.

Данная точка зрения представляется нам спорной. По сути, в основу данного вывода автором было положено утверждение о том, что МКАС не может подменять собой стороны в рамках процедуры получения доказательств, не вправе прибегать к снятию бремени доказывания со стороны и переносу этого бремени на себя, поскольку только сто-

¹ Зименкова О.Н. Указ. соч. С. 128–129.

роны несут риск отсутствия или неполноты доказывания тех фактов и обстоятельств, на которые они ссылаются¹.

Прежде всего, нельзя забывать, что Регламент МКАС по своей правовой природе не является нормативным актом. По сути, стороны, когда соглашаются на арбитраж по Регламенту МКАС, инкорпорируют его текст в свое арбитражное соглашение. Соответственно, стороны равным образом могут своим соглашением изменять некоторые положения Регламента МКАС. Даже если Правила противоречили бы Регламенту МКАС (о чем мы более подробно напишем ниже), стороны все равно смогли бы своим соглашением придать Правилам большую силу по сравнению с Регламентом МКАС.

Кроме того, спорным представляется также утверждение о том, что Правила вступают в противоречие с Регламентом МКАС. По сути, ст. 3 Правил касается трех категорий документов:

1) документов, которые находятся в распоряжении стороны или которые она может получить из публично доступных источников. Такие документы сторона должна раскрыть для обоснования своих требований или возражений, и она несет риск того, что без предоставления этих документов она не выполнит бремя доказывания;

2) документов, которые сторона не может получить самостоятельно и которые она просит состав арбитража истребовать;

3) документов, которые состав арбитража просит предоставить *sua sponte*, т.е. по собственной инициативе².

Ранее действовавшая редакция Регламента МКАС 2005 г., на которую ссылалась О.Н. Зименкова в своей работе, также содержала весьма сходные положения: в частности, п. 1 § 31 был изложен следующим образом:

«1. Стороны должны доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основание своих требований или возражений. Состав арбитража может потребовать представления сторонами и иных доказательств. Он вправе также по своему усмотрению назначить проведение экспертизы и испрашивать представление доказательств третьими лицами, а также вызывать и заслушивать свидетелей».

Данный подход является общепризнанным даже в российском гражданском и арбитражном процессе. Например, ст. 56 ГПК РФ и ст. 65 АПК РФ называются «Обязанность доказывания» и в них

¹ Зименкова О.Н. Указ. соч. С. 127.

² Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. P. 6.

сформулирована обязанность каждой стороны доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений. В то же время суд вправе предложить сторонам представить дополнительные доказательства (ч. 2 ст. 66 АПК РФ, ч. 1 ст. 57 ГПК РФ). Кроме того, в случае, если сторона не имеет возможности представить необходимые доказательства, суд по ходатайству лиц, участвующих в деле, оказывает содействие в собирании доказательств (ч. 4 ст. 66 АПК РФ, ч. 2 ст. 57 ГПК РФ).

При этом не стоит абсолютизировать нормы Регламента МКАС, касающиеся обязанности доказывания своих требований и возражений. В отечественной литературе расходятся мнения о правовой природе таких норм, учитывая, что нельзя требовать принудительного исполнения этой «обязанности». В частности, высказывались точки зрения, что обязанность доказывания своих требований и возражений — это: 1) юридическая обязанность; 2) фактическая необходимость; 3) одновременно и право, и обязанность субъекта доказывания; 4) диспозитивная обязанность, которая не влечет применение санкций¹. Между тем, даже если принять за основу точку зрения о том, что данные нормы закрепляют юридическую обязанность, в любом случае ни процессуальные кодексы, ни Регламент МКАС, ни Правила не переносят бремя доказывания. Например, если сторона заявляет возражение, основанное на неисправности оборудования, на ней лежит бремя доказывания того, что неисправность имела место. Разрешить бремя доказывания сторона может разными путями. Так, если в распоряжении стороны есть документы, подтверждающие неисправность, то предоставление таких документов и будет действием, направленным на исполнение обязанности по доказыванию. Если у стороны нет доказательств, она может обратиться к составу арбитража с ходатайством об истребовании таких доказательств у другой стороны. При этом, если ходатайство удовлетворено составом арбитража, бремя доказывания не переносится на другую сторону и тем более на состав арбитража. Последний лишь оказывает содействие стороне в собирании доказательств.

Именно такой подход можно встретить в отечественных работах по гражданскому процессу: *«Нередко участвующие в деле лица не могут получить доказательства, находящиеся у других лиц... В связи с этим суд оказывает лицам, участвующим в деле, содействие в собирании и истребовании необходимых доказательств. <...> При этом суд не подменяет*

¹ См. обзор различных точек зрения в следующей работе: *Нахова Е.А.* Доказательственное право в гражданском и арбитражном процессе. Общая часть. — СПб.: ВВМ, 2012. С. 255–266.

собой лицо, участвующее в деле, а лишь оказывает необходимое содействие в собирании и истребовании необходимых доказательств»¹.

Конечно, состав арбитража не обладает властными полномочиями, коими обладает суд. Арбитры не могут выдавать исполнительные листы для принудительного исполнения своих приказов об истребовании доказательств. Но это не означает, что приказ состава арбитража не является обязательным. Просто его неисполнение влечет иные последствия. Во-первых, распространенной практикой в международном арбитраже является возможность сделать негативные выводы из факта непредставления доказательств. К примеру, арбитры могут посчитать определенные факты установленными (сейчас такая возможность прямо закреплена в ст. 9.6 Правил). Во-вторых, в случае отказа представить истребованное доказательство арбитры или сторона могут обратиться за содействием к государственному суду (ранее такая возможность была предусмотрена ст. 27 Закона от 7 июня 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже», а сейчас дополнительно закреплена в ст. 74.1 АПК РФ).

Сказанное позволяет сделать вывод о том, что применение Правил никоим образом не противоречит Регламенту МКАС, скорее, Правила его дополняют и восполняют пробелы в нем.

Применение Правил МАЮ в отечественном арбитраже будет в духе современных тенденций в мире международного арбитража и, безусловно, обогатит российские разбирательства.

4. «Забытые мелодии» (о ст. 2 Правил)

Отдельно хочется проанализировать «забытую» статью 2 Правил, которая называется «Консультации по вопросам предоставления доказательств». Эта статья подверглась, пожалуй, самой существенной переработке при принятии последней редакции Правил. В то же время, согласно исследованию, данная норма является самой редко применяемой нормой: она применяется только в 8% случаев!² В чем же причина такой непопулярности?

Прежде чем перейти к анализу самой нормы, необходимо отметить, что одним из фундаментальных изменений в Правилах 2010 г. стало то, что разработчики последовательно хотели обеспечить «эффективное,

¹ Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. — 3-е изд., перераб. и доп. / Под общ. ред. В.И. Нечаева; [рук. авт. колл. и науч. ред. В.В. Ярков]. — М.: Норма, 2008. С. 205 (автор комментария к ст. 57 — И.В. Решетникова).

² Report on Reception of the IBA Arbitration Soft Law Products (16 September 2016). P. 47.

экономичное и честное» получение доказательств, что нашло отражение в том числе в использовании названных терминов в различных частях Правил. Они хотели найти разумный баланс, при котором сторона сможет доказать свои требования и возражения, но не будет обязана раскрывать тонны документов или, напротив, не будет погребена под лавиной ненужных бумаг.

Одной из таких новелл, призванных обеспечить эффективность, экономичность и честность, как раз и была ст. 2 Правил, которая, по сути, предлагает арбитрам играть более активную роль в вопросах доказательств с самого начала разбирательства¹.

В Правилах 1999 г. эти вопросы регулировались лишь одним параграфом в преамбуле, который звучал так:

«Каждому Составу Арбитража по возможности на наиболее раннем этапе разбирательства рекомендуется указать Сторонам вопросы, которые он может рассматривать как относимые и существенные для исхода дела, включая вопросы, которые целесообразно разрешить в предварительном порядке».

Новая статья 2 урегулировала все эти вопросы гораздо более детально и теперь изложена следующим образом:

«Статья 2. Консультации по вопросам предоставления доказательств

1. Состав арбитража по возможности на наиболее раннем этапе разбирательства обсуждает со Сторонами и предлагает Сторонам провести консультации между собой в целях достижения соглашения об эффективной, экономичной и справедливой процедуре получения доказательств.

2. Консультации по вопросам предоставления доказательств могут касаться объема, сроков и порядка получения доказательств, в том числе:

(a) подготовки и представления Письменных свидетельских показаний и Заключений Экспертов;

(b) получения устных показаний на Слушании по доказательствам;

(c) требований, процедуры и формата, применяемых к предоставлению Документов;

(d) режима охраны конфиденциальности, обеспечиваемого для доказательств в арбитражном разбирательстве; и

(e) обеспечение эффективности, экономии и сохранения ресурсов в связи с получением доказательств.

¹ *Newmark C.* «Efficient, Economical and Fair» – The Mantra of the New IBA Rules // *International Arbitration Law Review*. 2010. Vol. 13. Issue 5. P. 165.

3. Составу арбитража рекомендуется как можно скорее поставить перед Сторонами любые вопросы, которые:

(a) Состав арбитража может считать относимыми к делу и существенными для его разрешения; и/или

(b) может быть целесообразно разрешить в предварительном порядке».

Один из комментаторов пишет, что рассматриваемая статья представляет собой удачный баланс между активным и приказным подходами арбитров из стран континентального права и подходом арбитров из стран общего права, который исходит из большего признания автономии воли сторон и состязательности процесса¹.

Все положения названной статьи призваны сделать арбитраж более эффективным и экономичным. Иногда в практике встречаются случаи, когда состав арбитров ведет себя очень пассивно до слушания, отдавая ведение дела на откуп представителям сторон.

Особенно это характерно для арбитражей в странах общего права, где роль судьи и арбитра исторически была очень пассивной в силу того, что принцип состязательности в этих странах применяется с большей педантичностью. В подобных разбирательствах представители сторон пытались договориться о процессуальных вопросах, предмете доказывания, а при отсутствии договоренности каждая сторона пыталась защититься по всем возможным аргументам (и представить (истребовать) соответствующие доказательства).

Например, в одном из дел, рассмотренных в Лондоне в порядке международного арбитража, между сторонами возник спор по поводу толкования условий договора, подчиненного английскому праву. Арбитраж состоял из двух английских судей в отставке и одного американского юриста, которые вели себя достаточно пассивно до основного слушания. Обе стороны по делу подали многостраничные свидетельские показания и письменные доказательства по вопросу о том, что они имели в виду, когда писали спорные положения договора. Хотя по английскому праву переписка, предшествующая заключению договора, является недопустимым доказательством для целей толкования договора, обе стороны ссылались на многочисленные проекты договоров, которыми они обменивались до его подписания, потому что боялись, что если они этого не сделают, то состав арбитража может принять точку зрения иной стороны. Однако когда началось слушание по делу, все арбитры немедленно и однозначно

¹ *Ashford P. Op. cit. P. 34.*

отметили, что преддоговорные обсуждения и переписка являются недопустимыми доказательствами, и высказали мнение, что допрос свидетелей и исследование доказательств по этим вопросам не являются необходимыми. К тому времени стороны уже понесли значительные расходы на собирание доказательств и подготовку свидетельских показаний; кроме того, продолжительность слушания была обусловлена необходимостью перекрестного допроса семи свидетелей и двух экспертов, но из-за позиции состава арбитража все это стало в большей части ненужным.

Именно для таких случаев и была разработана ст. 2, которая рекомендует арбитрам подобные вопросы разрешать на ранней стадии. Кроме того, похожие нормы сейчас можно встретить и в регламентах ведущих арбитражных центров. В качестве примера можно привести ст. 14.1 Арбитражного регламента *LCIA*¹. Аналогичным образом ст. 24(1) Арбитражного регламента *ICC* предусматривает, что арбитры должны провести слушание по управлению делом (*case management conference*) до или незамедлительно после составления Акта о полномочиях (*Terms of Reference*). При этом в силу ст. 23(2) Арбитражного регламента *ICC* Акт о полномочиях должен быть составлен в течение двух месяцев с момента передачи материалов сформированному составу арбитража.

Соответственно, сейчас все больше и больше арбитров проводят ранние консультации со сторонами. Такие встречи называются по-разному в разных частях мира: «процессуальное совещание», «организационное слушание», «*case management conference*», «*organisational hearing*», «*procedural hearing*». Но, как правило, они посвящены определению всех процессуальных вопросов, а не только вопросам доказывания². Очевидно, что арбитры могут играть более активную роль в обсуждении вопросов доказательств на начальной стадии процесса.

Если ст. 2(1) и 2(2) Правил хоть как-то применяются арбитрами, то ст. 2(3) и есть то «забытое положение», а ведь именно последовательное применение ст. 2(3) могло бы привести к наибольшей эф-

¹ «Сторонам и Составу арбитража рекомендуется вступить в контакт (путем проведения слушания с личным присутствием, посредством телефонной конференции или путем обмена корреспонденцией) как можно скорее, но не позже 21 дня с момента получения письменного уведомления Регистратора о формировании Составы арбитража».

² Zuberbühler T., Hofmann D., Oetiker Chr., Rohner Th. IBA Rules of Evidence. Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Sellier; Schulthess, 2012. P. 14.

фективности и экономии. Именно эта норма призывает как можно скорее определять вопросы, которые имеют значение для исхода дела. Если арбитры на ранней стадии процесса определяют вопросы, которые неважны для исхода дела, а также вопросы, которые могут быть разрешены в предварительном порядке, это может сократить время разбирательства и избавить стороны от необходимости нести дополнительные расходы.

В то же время, несмотря на очевидные преимущества, арбитры в большинстве своем не применяют ст. 2(3) Правил и не высказываются о том, какие вопросы неважны, из-за боязни того, что сторона, проигравшая от такого раннего определения вопроса, может обвинить арбитров в небеспристрастности¹.

В частности, в одном из арбитражей, проходившем по Регламенту Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)), истец попытался заявить отвод составу арбитража на том основании, что, отказав в истребовании определенной категории документов, состав арбитража по сути предрешил исход дела². Отказывая в удовлетворении повторного ходатайства об истребовании доказательств, состав арбитража указал, что *«придерживается мнения, что дальнейшее обсуждение этих вопросов раскрытия доказательств на данной стадии процесса не сделает никакого разумного вклада в разрешение спора»*. Отвод рассматривал Президент Всемирного банка реконструкции и развития и отказал на том основании, что состав арбитража не предрешил исход дела. Президент исходил из того, что слова «на данной стадии процесса» указывают на возможность повторного заявления такого ходатайства в будущем; кроме того, на сторонах лежит обязанность по раскрытию относимых документов, невыполнение которой может быть адресовано стороной в процессуальных документах и на устном слушании³.

Хотя в конечном итоге в отводе арбитров было отказано, данное дело наглядно иллюстрирует риск того, что активная позиция арбитража по относимости и существенности доказательств действительно будет использоваться для обоснования того, что состав арбитража

¹ Zuberbühler T., Hofmann D., Oetiker Chr., Rohner Th. Op. cit. P. 18–19.

² BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SARL v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22, Decision on the Proposal to Disqualify All Members of the Arbitral Tribunal (28 December 2016) <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8015.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2017 г.).

³ Ibid., ¶ 63–67.

предрешил спор. В то же время это не должно отпугивать арбитров. Во-первых, как показывает данное дело, добиться отвода арбитров по такому основанию нелегко. Во-вторых, ст. 2 Правил предлагает действительно удачный способ вести арбитражное разбирательство экономично и эффективно. Безусловно, она не может применяться всегда, но, очевидно, бывают случаи, когда ее применение является более чем уместным.

Остается надеяться, что «забытое положение» Правил займет свое достойное место и будет более активно применяться арбитрами по всему миру.