

Изменения от 2020 года Правил о получении доказательств в международном арбитраже для членов Международной ассоциации юристов

27 апреля 2021 года

15 февраля 2021 года Международная ассоциация юристов («МАЮ») официально опубликовала измененные Правила о получении доказательств в международном арбитраже («Правила МАЮ 2020 года» или «Правила»). Измененные Правила заменят предыдущую редакцию Правил, которая действовала с 2010 года («Правила МАЮ 2010 года») и широко применялась и обсуждалась в международной арбитражной практике. Редакция от 2020 года была утверждена с целью оптимизировать и уточнить Правила, отразить уже сложившуюся практику и дать ответ на новые вызовы и проблемы, связанные с применением новых технологий при получении доказательств в международном арбитраже.

If you have any questions concerning this memorandum, please reach out to your regular firm contact or the following authors.

МОСКВА

Юлия Соломахина
+7 495 660 8588
ysolomakhina@cgsh.com
Михаил Суворов
Т: +7 495 660 8566
msuvorov@cgsh.com
Анастасия Розеева
+7 495 660 8538
arozeeva@cgsh.com

ЛОНДОН

Кристофер П. Мур
+44 20 7614 2227
cmoore@cgsh.com
Джеймс Брейди
+44 20 7614 2364
jbrady@cgsh.com

ПАРИЖ

Жан-Ив Гаро
+33 1 40 74 68 00
jgaraud@cgsh.com
Григорий (Грег) Лурье
+33 1 40 74 68 55
glourie@cgsh.com

ФРАНКФУРТ

Ричард Крайндлер
+49 69 97103 160
rkreindler@cgsh.com
Захари С. О'Делл
+49 69 97103 128
zodell@cgsh.com
Тилль Хакштейн
+49 69 97103 277
thackstein@cgsh.com

НЬЮ-ЙОРК

Ари Д. МакКиннон
+1 212 225 2243
amackinnon@cgsh.com

МИЛАН

Карло Санторо
+39 02 7260 8280
csantor@cgsh.com

РИМ

Фердинандо Эмануэле
+39 06 6952 2604
femanuele@cgsh.com



В частности, новые опубликованные Правила МАЮ 2020 года содержат ограниченные, но потенциально весьма существенные изменения, которые касаются, среди прочего, следующих вопросов:

- виртуальное/удаленное Слушание по доказательствам (вводятся правила и протоколы для проведения Удаленных слушаний; см. статью 8)
- кибербезопасность, защита данных и конфиденциальность
 - решаются вопросы кибербезопасности и защиты данных в ходе проведения консультаций между Сторонами и Составом арбитража на раннем этапе (см. статью 2)
 - распространяется режим конфиденциальности на Документы, которые предоставляются противоборствующим Сторонам (см. статью 9)
- Права/полномочия Составы арбитража
 - прямо наделяется правом исключать доказательства, полученные незаконным путем (см. статью 9)
 - разъясняются исключительные полномочия Составы арбитража принимать решение по разногласиям, касающимся ходатайств о предоставлении информации или о предоставлении доступа, которые направляются экспертами, назначенными Составом арбитража (см. статью 6)
- Перевод Документов (а именно Документы, которые должны быть предоставлены другой Стороне в ответ на

Ходатайство о предоставлении документов, могут не сопровождаться их переводом на другой язык, но при этом составленные на иностранном языке Документы, представляемые Составу арбитража, требуют такого перевода; см. статью 3);

В данном Меморандуме мы обозначаем и рассматриваем самые значимые положения новой редакции Правил МАЮ 2020 года.

1. Введение

Правила МАЮ о получении доказательств в международном арбитраже («**Правила МАЮ**»¹) были приняты в 1999 году и представляли собой первую масштабную попытку объединить аспекты гражданско-правовой и обще-правовой практики получения доказательств в международном коммерческом арбитраже. Разработаны в качестве дополнительных правил получения доказательств, которые стороны или Состав арбитража смогут применять вне зависимости от того, какими материальными или процессуальными нормами регулировалось соответствующее разбирательство, изначальные нацелены предусмотреть эффективные, экономичные и справедливые процедуры для получения доказательств в международном арбитраже.

С момента принятия Правил МАЮ в 1999 году они обретали все большее значение и все чаще применялись в качестве действующих по умолчанию руководящих принципов как в рамках международного коммерческого арбитража, так и в рамках арбитража, проводимого с участием инвесторов по международным соглашениям о защите инвестиций. И действительно, учитывая масштаб применения Правил МАЮ в рамках

¹ Измененные Правила МАЮ 2020 года были утверждены решением Совета МАЮ 17 декабря 2020 года и были опубликованы 15 февраля 2021 года на веб-сайте МАЮ. Если не указано иное, термины, которые

используются в настоящем меморандуме с прописной буквы и которым не присвоено какого-либо иного значения, имеют значение, присвоенное им в разделе «Определения» Правил МАЮ 2020 года.

арбитражных разбирательств, не будет преувеличением сказать, что Правила МАЮ приобрели статус инструмента «мягкого права».

В то же время, растущее распространение и успех Правил МАЮ привели к возникновению конкурирующих инструментов, включая – в качестве одного из последних примеров – принятие в 2019 году Правил эффективной организации процесса в международном арбитраже (Пражские правила), которые продвигались как альтернатива Правилам МАЮ. Пражские правила прямо избегали использования воспринимаемых принципов общего права, на которых основываются Правила МАЮ, и применяют исследовательский подход к получению доказательств, который является более знакомым для юристов-практиков и пользователей, получивших образование и практику в странах континентального права.

Несмотря на принятие таких альтернативных инструментов, опыт показывает, что Правила МАЮ остаются главным «стандартом» для получения доказательств в рамках международных арбитражных разбирательств по спорам на существенные суммы.

В последний раз Правила МАЮ изменялись в 2010 году, при этом большая часть принятых тогда изменений была связана с отражением уже сложившейся на тот момент передовой практики получения доказательств.² Кроме того, в качестве сопроводительного руководства были также опубликованы

² Рабочая группа МАЮ, ответственная за изменения 2010 года, возглавлялась Ричардом Крайндлером. Рабочая группа МАЮ, ответственная за изменения 2020 года, возглавлялась Джозефом Нойхаузом и Натали Возер.

³ См. Комментарии к измененной редакции Правил МАЮ 2010 года о получении доказательств в международном арбитраже.

⁴ См. здесь ссылку на Комментарии к измененной редакции Правил МАЮ 2020 года о получении доказательств в международном арбитраже.

Комментарии к измененной редакции Правил МАЮ 2010 года о получении доказательств в международном арбитраже.³

Как указано далее, сравнительно незначительные изменения 2020 года сохраняют эту систему и ни в коей мере не имеют своей целью полный пересмотр Правил. Наоборот, изменения 2020 года направлены на то, чтобы усовершенствовать Правила за счет кодификации различных ранее возникших изменений и практик и при этом решения новых вопросов, возникающих в свете практики применения последних технологических наработок. В то же время, наряду с Правилами, изменения были внесены и в соответствующие комментарии к ним с целью отразить последние изменения («**Комментарии**»)⁴.

2. Преамбула и сфера применения (статья 1)

Изменения к Правилам 2020 года согласовали содержащиеся в статье 1 положения о Сфере применения с (менее известными и заметными) положениями Преамбулы, а также уточнили соответствующую норму для того, чтобы не допустить потенциальных противоречий между Правилами и любыми иными применимыми правилами.

В соответствии с положениями Преамбулы к Правилам, Стороны⁵ и Состав арбитража⁶ могут принять решение о полном или частичном применении Правил для регулирования арбитражных разбирательств.⁷

⁵ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («Сторона» означает сторону арбитража»).

⁶ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («Состав арбитража» означает единоличного арбитра или коллегия арбитров»).

⁷ См. параграф 2 Преамбулы, Правила МАЮ 2020 года («Стороны и Составы арбитража могут полностью или частично принимать Правила МАЮ о доказательствах для регулирования арбитражного производства либо изменять их или использовать их в качестве руководства при разработке собственных

Однако в Правилах МАЮ 2010 года в статье 1, в которой была определена Сфера применения Правил, ничего не говорилось о возможности частичного применения Правил. В изменениях 2020 года положения статьи 1 теперь приведены в соответствие с Преамбулой, где прямо разъясняется, что Стороны могут принять решение о полном или частичном применении Правил МАЮ.⁸ Как и в Правилах МАЮ 2010 года, если Стороны договорились о применении Правил, то, если не будет указано иное, применяется та редакция Правил, которая действует на дату достижения такой договоренности.⁹

Хотя предполагается, что Правила МАЮ будут использоваться как дополнительный и вспомогательный набор правил, регулирующих вопросы получения доказательств, тем не менее, между ними и другими правилами, применяемыми в рамках арбитражного разбирательства по конкретному делу (так называемые Основные правила¹⁰), могут возникать определенные противоречия. Изменения 2020 года к статье 1 (Сфера применения), соответственно, предусматривают, в какой степени Состав арбитража должен решать такие противоречия при применении Правил МАЮ.

процедур.»). Эта формулировка была сохранена в Правилах МАЮ 2020 года.

⁸ См. ст. 1.2 Правил МАЮ 2020 года («Если Стороны договорились о полном или частичном применении Правил МАЮ о получении доказательств, то в отсутствие указания об ином, считается, что они согласовали применение редакции, действующей на дату такого соглашения») (изменения выделены нами).

⁹ Там же.

¹⁰ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («Основные правила» означают институциональные, ад-нос или иные правила, которые применяются к проведению арбитражного разбирательства»).

¹¹ Ст. 1.3 Правил МАЮ 2010 года.

¹² См. ст. 1.3 Правил МАЮ 2020 года («В случае противоречий между какими-либо положениями Правил МАЮ о получении доказательств и Общими

Эта потенциальная проблема уже была частично решена в Правилах МАЮ 2010 года с учетом принципа первенства автономности сторон. В соответствии со статьей 1.3 Правил МАЮ 2010 года, при наличии противоречия, Состав арбитража «должен применять Правила МАЮ о доказательствах таким образом, который по мнению Состав арбитража будет оптимальным для достижения целей как Основных правил, так и Правил МАЮ о доказательствах».¹¹ В изменениях 2020 года эта формулировка была несколько изменена, чтобы уточнить, что Правила МАЮ должны, таким образом, приводиться в соответствие с Основными правилами только «в той степени, в которой это возможно».¹² Данный подход в целом согласуется с тем, что сказано в Комментариях.

Комментарии, которые, справедливо будет отметить, с 2010 года не привлекали к себе столько внимания, сколько предполагалось, в качестве сопроводительного руководства по пользованию Правилами МАЮ 2010 года, фокусируются на принципе автономии сторон в вопросах урегулирования таких противоречий и особо подчеркивают, что именно Состав арбитража должен «гармонизировать» все применимые правила в максимально возможной степени.¹³ К счастью

правилами, Состав арбитража применяет Правила МАЮ о получении доказательств таким образом, который, по мнению Состав арбитража, будет наиболее целесообразным с тем, чтобы в той степени, в которой это возможно, обеспечить достижение целей как Общих правил, так и Правил МАЮ о получении доказательств, если иное не будет согласовано сторонами») (изменения выделены нами).
¹³ «Ст. 1 – Сфера применения» в Комментариях к Измененной редакции Правил МАЮ 2010 года о получении доказательств в международном арбитраже: («При возникновении противоречий между Правилами МАЮ о получении доказательств и Основными правилами [...], стороны вправе, придерживаясь принципа автономии сторон, который является центральным принципом любого международного арбитража, урегулировать такое противоречие таким

тот подход, который был отражен в предыдущих Комментариях, в целом был кодифицирован в изменениях 2020 года и новой редакции Комментариев.

3. Консультации по вопросам получения и представления доказательств (статья 2)

Статья 2 Правил, которая была введена в текст Правил с изменениями 2010 года, устанавливает рамочное регулирование вопросов, связанных с рассмотрением вопросов получения и представления доказательств в контексте проведения консультаций между Сторонами и Составом арбитража на ранних этапах разбирательства. Такие предварительные консультации направлены, в частности, на обеспечение обсуждения, согласования и применения эффективных, экономичных и справедливых процедур получения доказательств.¹⁴

Статья 2.2 Правил содержит открытый перечень вопросов, которые могут решаться в ходе проведения таких предварительных консультаций. Такие вопросы включают, в частности, подготовку и представление Письменных свидетельских показаний¹⁵ и Заключений Экспертов¹⁶ и получение устных показаний в ходе проведения Слушания по

образом, как они посчитают это необходимым, при условии, что стороны достигли соответствующего согласия по такому вопросу. В отсутствие такого согласия, Состав арбитража должен попытаться гармонизировать указанные два набора правил в максимально возможной степени»).

¹⁴ См. «Ст. 2 – Консультации по вопросам получения и представления доказательств» в Комментариях к Измененной редакции Правил МАЮ 2020 года о получении доказательств в международном арбитраже.

¹⁵ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («Свидетельские показания» означают письменные показания свидетеля, дающего показания об обстоятельствах дела»).

¹⁶ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («Экспертное заключение» означает письменные показания Эксперта, назначенного Составом арбитража, или Эксперта, назначенного стороной»).

доказательствам.¹⁷ Изменениями 2020 года в статью 2.2 был добавлен подпункт (е), которая дополнила этот открытый перечень и предусмотрено, что Состав арбитража также может «решать любые вопросы, связанные с обеспечением кибербезопасности и защиты данных» в ходе таких предварительных консультаций по вопросам получения и представления доказательств.¹⁸ Этот новый подпункт акцентирует внимание на важности оценки и решения вопросов, связанных с применением технологий, еще на раннем этапе разбирательства с тем, чтобы обеспечить эффективную и рентабельную процедуру получения доказательств. Такие связанные с применением технологий вопросы могут касаться, среди прочего, (i) соблюдения требований Общего регламента о защите данных (GDPR)¹⁹ или иных применимых требований в сфере защиты данных и (ii) обеспечения кибербезопасности в рамках проведения виртуальных слушаний, то есть проблем, которая особенно проявилась в контексте кризиса, связанного с распространением новой коронавирусной инфекции.

Новая редакция статьи 2.2 Правил теперь также дополнительно объясняет, что Состав арбитража может решать перечисленные в

¹⁷ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («Слушание показаний и свидетельств» означает любое слушание, вне зависимости от того, проводится ли оно в течение нескольких дней подряд, на котором Состав арбитража, будь то лично, в рамках телеконференции или видеоконференции или любым иным способом, получает устные или иные показания и свидетельства»).

¹⁸ См. ст. 2.2(е) Правил МАЮ 2020 года («На консультациях по вопросам получения и представления доказательств могут решаться вопросы, касающиеся объема, сроков и способов получения доказательств, включая, если применимо: [...] решение любых вопросов, связанных с обеспечением кибербезопасности и защиты данных») (изменения выделены нами).

¹⁹ Общий регламент ЕС о защите данных № 2016/679 (GDPR).

подпункте 2 вопросы получения и представления доказательств «в той степени, в которой это применимо».²⁰ Можно утверждать, что это и так подразумевалось статьей 2.2 Правил МАЮ 2010 года. Но в любом случае, изменения 2020 года статьи 2.2 еще раз подчеркнули ту гибкость, которая была заложена в подход «встретиться и провести консультацию».²¹

4. Документы (статья 3)

Некоторые из наиболее важных изменений, предусмотренных изменениями 2020 года, касаются получения доказательств в виде Документов,²² включая процедуру, которая должна быть соблюдена после направления Ходатайства о предоставлении документов²³ (подпункт (а) ниже), и формы представления запрошенных Документов (подпункт (b) ниже).

а. Процедура

В соответствии со статьей 3.2 Правил МАЮ Стороны могут представлять Составу арбитража Ходатайства о предоставлении документов. В Правилах описана общая процедура, которая применяется после направления Ходатайства о предоставлении документов, которая служит своего рода общим руководством к действиям в такой ситуации для Состав арбитража и Сторон, а также обеспечивает им максимальную гибкость в рамках этой процедуры.

В соответствии со статьей 3.5 Правил, после подачи Ходатайства о предоставлении документов Сторона, которой адресовано такое Ходатайство о предоставлении документов, имеет право заявить свои возражения.²⁴ При этом, Правила МАЮ 2010 года прямо не предусматривали право Стороны, направившей соответствующее Ходатайство о предоставлении документов, ответить на такие возражения, несмотря на то, что это было и остается сложившейся практикой, в частности, в контексте применения Таблицы Редферна.

И действительно, для большинства Составов арбитража, обычной стала практика подготовки таблиц, предусматривающих возможность направления ответов на такие возражения, несмотря на отсутствие соответствующей статьи в Правилах. Эту практику можно расценивать как обеспечивающую основополагающее право Сторон быть заслушанными, и она в итоге оказалась весьма эффективным средством, так как последующие ответы на возражения могут вести к более подробному разъяснению или сужению спорных вопросов, в отношении которых требуется получить доказательства. Соответственно, изменения 2020 года к статьям 3.5 и 3.6 Правил отныне прямо предусматривают возможность направления

²⁰ См. ст. 2.2(е) Правил МАЮ 2020 года.

²¹ Ср. «Ст. 2 – Консультации по вопросам получения и представления доказательств» в Комментариях к Измененной редакции Правил МАЮ 2020 года о получении доказательств в международном арбитраже.

²² См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («Документ» означает письменный документ, сообщение, рисунок, изображение, чертеж, программу или данные любого рода, вне зависимости от того, зафиксированы ли они в бумажной или электронной форме, на аудио-носителе, визуальном носителе или любым иным образом).

²³ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («Ходатайство о предоставлении документов»

означает письменное ходатайство Стороны о предоставлении Документов другой Стороной»).

²⁴ См. ст. 3.5 Правил МАЮ 2020 года («Если Сторона, которой адресовано Ходатайство о предоставлении документов, имеет возражения в отношении некоторых или всех запрашиваемых Документов, такая Сторона должна заявить о своих возражениях Составу арбитража и другим Сторонам в письменной форме в сроки, указанные Составом арбитража. Такие возражения могут быть предъявлены по любому из оснований, указанных в статье 9.2 или 9.3, либо на основании несоблюдения какого-либо из требований статьи 3.3»).

ответа на такие возражения, если это разрешено Составом арбитража.²⁵

Если в отношении Ходатайства о предоставлении документов заявлено какое-либо возражение, статья 3.7 Правил устанавливает процедуру, посредством которой Состав арбитража выносит свое определение по такому возражению. В этом контексте Правила МАЮ 2010 года требовали от Состав арбитража рассмотрения соответствующего Ходатайства о предоставлении документов и возражения к нему в разумный срок и *«по итогам консультаций со Сторонами»*.²⁶

Изменения 2020 года к Правилам теперь прямо предусматривают, что Состав арбитража должен рассматривать не только соответствующее Ходатайство о предоставлении документов и возражение на него, но также и ответы на такие возражения.²⁷

Кроме того, изменения 2020 года более не предусматривают содержащееся ранее в статье 3.7 требование о том, что Состав арбитража должен рассматривать соответствующее Ходатайство о предоставлении документов и возражение на

²⁵ См. ст. 3.5 Правил МАЮ 2020 года (*«При наличии соответствующего указания Состав арбитража и в установленный им срок Сторона, направившая такое ходатайство, может ответить на соответствующие возражения»*); ст. 3.6 Правил МАЮ 2020 года (*«После получения любого такого возражения и ответа Состав арбитража может предложить соответствующим Сторонам провести консультации друг с другом с целью урегулирования соответствующего возражения»*) (изменения выделены нами).

²⁶ См. ст. 3.7 Правил МАЮ 2010 года (*«В пределах установленного Составом арбитража срока любая из Сторон может ходатайствовать перед Составом арбитража о вынесении решения по заявленному возражению. В этом случае Состав арбитража по итогам консультаций со Сторонами должен своевременно рассмотреть Ходатайство о предоставлении документов и возражения.»*).

²⁷ См. ст. 3.7 Правил МАЮ 2020 года (*«Любая из Сторон вправе в сроки, установленные Составом арбитража, потребовать, чтобы Состав арбитража вынес свое определение по соответствующему*

него по итогам консультаций со Сторонами. Данное изменение к статье 3.7 оправданно отражает (i) сложившуюся практику Составов арбитража по вынесению определений по возражениям на Ходатайства о предоставлении документов исключительно на основании соответствующего Ходатайства, возражений и ответов на них и, соответственно, без проведения каких-либо дополнительных консультаций, и (ii) очевидная обеспокоенность Рабочей группы, ответственной за подготовку изменений 2020 года, относительно того, что предыдущая формулировка могла ошибочно толковаться как предполагающая, что рассмотрение второго раунда комментариев Сторон является обязательным.

Также, в соответствии с измененной статьей 3.10 Правил, *«любая Сторона»* теперь вправе выдвигать возражения против Ходатайства о предоставлении документов по любому из оснований, изложенных в статьях 9.2 или 9.3 Правил, в том числе, на основании наличия юридических препятствий или привилегии конфиденциальности.²⁸ Ранее было

возражению. В этом случае Состав арбитража обязан в разумный срок и при проведении консультаций со Сторонами рассмотреть соответствующее Ходатайство о предоставлении документов, возражение к нему и ответы на такие возражения.» (изменения выделены нами).

²⁸ Ст. 3.10 Правил МАЮ 2020 года (*«Любая Сторона вправе выдвигать возражения против ходатайства по любому из оснований, изложенных в статье 9.2. В этих случаях статьи 3.4 – 3.8 применяются соответственно»*) (изменения выделены нами).
Ст. 9.2(b) Правил МАЮ 2020 года (*«Состав арбитража вправе, по ходатайству Стороны или по своей инициативе, исключить из доказательств или представленных свидетельств любой Документ, заявление, устное показание или протокол осмотра, полностью или частично, по любому из следующих оснований: наличие юридических запретов или привилегии на сохранение адвокатской тайны согласно правовым нормам или правилам этики, которые являются применимыми по решению Состав арбитража (см. статью 9.4 ниже)»*).

предусмотрено, что такие возражения может выдвигать только та Сторона, которой было адресовано соответствующее Ходатайство о предоставлении документов. Теперь же изменения 2020 года официально признают, что любая Сторона может иметь легитимные требования о сохранении адвокатской тайны или конфиденциальности в отношении Документов, подразумеваемых Ходатайствами о предоставлении документов, которые направлены другим Сторонам, и, соответственно, может быть заинтересована в том, чтобы заявить о своих возражениях против раскрытия таких Документов.

в. Форма

Еще один важный вопрос, который регулярно возникает на стадии представления документов в международном арбитраже, касается перевода Документов, представленных в ответ на Ходатайства о предоставлении документов по распоряжению Состава арбитража. В этом контексте особенно важны два вопроса: (i) должны ли предоставляться такие переводы и, если да, то когда, и (ii) применяется ли такое требование только к Документам, которые включаются в базу доказательств по делу, или также и к Документам, которые предоставляются только противоположной Стороне, но которые (пока) не были включены в базу доказательств по делу.

Что касается (i), то статья 3.12(d) Правил МАЮ 2010 года в целом предусматривала, каким образом должны подаваться переводы, но при этом не указывала прямо, на какой

²⁹ См. ст. 3.12(d) Правил МАЮ 2010 года («В отношении формы подачи или предоставления Документов: [...] (d) переводы Документов необходимо подавать вместе с оригиналами и помечать их как переводы с указанием языка оригинала»).

³⁰ См. «Ст. 3 – Представление Документов» Комментариев к измененной редакции Правил МАЮ 2010 года о получении доказательств в международном арбитраже: («если должны быть предоставлены

стадии процесса это должно происходить.²⁹ С другой стороны, Комментарии к Правилам МАЮ 2010 года отмечали, что не все Документы необходимо было переводить.³⁰

После того как были приняты изменения 2020 года, новая статья 3.12(e) отныне в полной мере приведена в соответствие с Комментариями и предусматривает, что (только) «Документы, которые составлены на ином языке, нежели языке проведения арбитража, и которые подаются Составу арбитража, должны сопровождаться соответствующим переводом (который должен быть обозначен в качестве такового)».

Что касается (ii), Правила МАЮ 2010 года уже различали между Документами, которые подавались в качестве доказательства, и Документами, которые подавались исключительно в ответ на ходатайство о предоставлении документов. Как статья 3.12(d) Правил МАЮ 2010 года³¹, так и соответствующие Комментарии,³² предусматривали, что, если требовалась подача переводов, данное требование должно было применяться к Документам, которые официально подавались в качестве доказательства. При этом, однако, не было сказано, применяется ли данное требование также и к Документам, направляемым противоположным сторонам в ответ на Ходатайство о предоставлении документов.

Этот вопрос решается в измененных Правилах МАЮ 2020 года, в которых измененная статья 3.12(d) предусматривает, что «Документы,

переводы соответствующих документов [...]» (выделение добавлено нами).

³¹ См. ст. 3.12(d) Правил МАЮ 2010 года.

³² Ср. «Ст. 3 – Предоставление Документов, общие вопросы, касающиеся предоставления Документов, переводы» Комментариев к измененной редакции Правил МАЮ 2010 года о получении доказательств в международном арбитраже.

подаваемые в ответ на Ходатайсто о предоставлении документов, не требуют перевода». Данная формулировка являет собой полезное разъяснение, которое приобретает особую важность в контексте масштабных и объемных Ходатайств о предоставлении документов в ситуации, когда время и расходы являются серьезной проблемой. Данное изменение отныне официально возлагает бремя подготовки переводов на ту Сторону, которая ссылается на соответствующий Документ и включает его в базу доказательств по делу.

5. Свидетели, дающие показания об обстоятельствах дела, и Эксперты, назначаемые сторонами (статьи 4 и 5)

В статьях 4 и 5 Правил МАЮ регулируются вопросы, касающиеся получения доказательств от свидетелей по фактам, и Экспертов, назначаемых сторонами.³³

Важно отметить, что в соответствии с Правилами МАЮ 2010 года подать «*новую редакцию или дополнения*» Письменных свидетельских показаний или Заключений Экспертов разрешается только тогда, когда такие изменения или дополнения «*относятся к обстоятельствам, которые содержатся в представленных другой Стороной Письменных свидетельских показаниях, Заключениях Экспертов или иных заявлениях, ранее не представлявшихся в арбитражном разбирательстве*».³⁴

Исходя из опыта, можно сказать, что на практике данное правило толковалось весьма широко и применялось очень вольно. Стороны зачастую заявляли, порой обоснованно, что вопросы, которые могли быть отражены, но не

были включены в ранее поданные Письменные свидетельские показания или Заключения Экспертов, впоследствии стали значимыми только в связи с документами или доводами, которые были позднее поданы или выдвинуты другой Стороной. Кроме того, Стороны также заявляли о необходимости соблюдения принципа надлежащего осуществления правосудия в качестве обоснования подачи ими «*измененных или дополнительных*» Письменных свидетельских показаний или Заключений Экспертов.

Такая рассогласованность между однозначной формулировкой Правил МАЮ 2010 года и практикой теперь устранена за счет изменений 2020 года. Измененные статьи 4.6(b) и 5.3(b) предусматривают, что «*измененные или дополнительные*» Письменные свидетельские показания или Заключения Экспертов также могут подаваться, если они основаны на новых «*обстоятельствах, которые не могли быть рассмотрены в ранее поданных Письменных свидетельских показаниях [соответственно, «Заключениях Экспертов»]*».

Кроме того, измененная статья 4.10 Правил приведена в соответствие со статьей 3.7, где сказано, что «*любая Сторона вправе выдвигать возражения по любому из оснований, указанных в статьях 9.2 или 9.3*».

6. Эксперты, назначаемые Составом арбитража (статья 6)

В целом изменения 2020 года к Правилам МАЮ не затронули статью 6, касающуюся Экспертов, назначаемых Составом арбитража.³⁵ Одно небольшое, но важное, изменение касается объема полномочий Эксперта, назначенного Составом арбитража,

³³ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («*Эксперт, назначаемый стороной*» означает физическое лицо или организацию, которые назначены Стороной для подготовки заключения по специальным вопросам, определяемым Стороной»).

³⁴ См. ст.ст. 4.6 и 5.3 Правил МАЮ 2010 года.

³⁵ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («*Эксперт, назначаемый Составом арбитража*» означает лицо или организацию, назначенное(-ую) Составом арбитража для подготовки заключения по конкретным вопросам, указанным Составом арбитража»).

запрашивать у Сторон информацию, имеющую значение для дела. Такое полномочие предоставлено Эксперту, назначаемому Составом арбитража, на основании статьи 6.3 Правил МАЮ 2010 года.³⁶

В соответствии со статьей 6.3 Правил МА, 2010 года «Эксперт, назначенный Составом арбитража, имеет такие же полномочия запрашивать и получать подобную информацию или доступ, что и Состав арбитража». Однако статья 6.3 также параллельно этому предусматривает (и это потенциально создает путаницу), что любые разногласия между Экспертом, назначаемым судом, и Стороной решаются исключительно Составом арбитража.³⁷

С изменениями 2020 года статьи 6.3 Правил были внесены изменения, которые исключили формулировку о равнозначности полномочий Эксперта, назначаемого Составом арбитража, и самим Составом арбитража («*Эксперт, назначенный Составом арбитража, имеет такие же полномочия запрашивать и получать подобную информацию или доступ, что и Состав арбитража*»).

Это изменение на самом деле соответствует предыдущей редакции Комментариев, в которой уже было прямо сказано, что Эксперты, назначаемые Составом арбитража, не имеют тех же полномочий, что и Состав

арбитража.³⁸ Соответственно, согласно статье 6.3 Правил МАЮ 2020 года только Состав арбитража вправе принимать решения по разногласиям между Стороной и Экспертом, назначаемым Составом арбитража, в отношении ходатайств Эксперта о предоставлении информации или доступа, например, в ситуации, когда сторона, которой адресовано такое ходатайство, ссылается на привилегию на сохранение адвокатской тайны.

7. Слушание по доказательствам (статья 8)

Своевременность принятия измененных Правил МАЮ 2020 года отражена в новой статье 8, в которой решаются вопросы, связанные с проведением Слушания по доказательствам, и которая теперь в пункте 8.2 впервые прямо устанавливает правила проведения Удаленных слушаний.³⁹

Многим участникам международного арбитража (и пользователи Правил МАЮ) приходилось сталкиваться с возможностями и особенностями проведения Удаленных слушаний, что напрямую связано с пандемией COVID-19. Теперь новая статья 8.2 предусматривает, что Состав арбитража может, по ходатайству Стороны или по собственной инициативе, и после проведения консультаций со Сторонами, вынести определение о

³⁶ См. ст. 6.3 Правил МАЮ 2020 года («С учетом положений статей 9.2 и 9.3 Эксперт, назначенный Составом арбитража может потребовать от любой Стороны предоставить информацию или обеспечить доступ к любым Документам, товарам, образцам, имуществу, оборудованию, системам, процессам или площадке для проведения осмотра, если это имеет отношение к делу и существенно для его разрешения»).

³⁷ См. ст. 6.3 Правил МАЮ 2010 года («Любые разногласия между Экспертом, назначенным Составом арбитража, и Стороной касательно относимости, существенности или целесообразности такого ходатайства должны разрешаться Составом арбитража в порядке, предусмотренном Статьями 3.5

– 3.8 включительно»). Данная формулировка осталась в Правилах МАЮ 2020 года.

³⁸ См. «Ст. 6 – Эксперты, назначаемые Составом арбитража» Комментариев к измененной редакции Правил МАЮ 2010 года о получении доказательств в международном арбитраже.

³⁹ См. Определения, Правила МАЮ 2020 года («Удаленное слушание» означает слушание, которое проводится (полностью или частично или в отношении лишь отдельных его участников) с посредством телеконференции или видеоконференции или с использованием любых иных технологий связи, посредством которых в таком слушании одновременно принимают участие лица, находящиеся в разных местах»).

проведении Слушания по доказательствам в удаленном формате.⁴⁰

В этом случае Состав арбитража проводит консультации со Сторонами с целью установления протокола проведения Слушание по доказательствам в удаленном формате с тем, чтобы такое слушание было проведено «эффективно, справедливо и, по возможности без непреднамеренных сбоев».⁴¹

Новые Правила предусматривают, что такой протокол «может решать вопросы, связанные с (а) тем, какая именно технология будет использоваться, (b) предварительным тестированием такой технологии [...]; (c) временем начала и окончания [...] (d) тем, каким образом Документы могут быть представлены свидетелю или Составу арбитража, и (e) теми мерами, которые должны быть предприняты для того, чтобы не допустить оказания неправомерного влияния на свидетелей, дающих устные показания, и не допустить отвлечения их от дачи показаний».⁴²

Несмотря на то что описание данного протокола является весьма скудным, на практике имеется огромное количество разнообразных ресурсов с описанием порядка проведения Слушания по доказательствам в дистанционном формате, большинство из которых были разработаны с участием

⁴⁰ См. ст. 8.2 Правил МАЮ 2020 года («Состав арбитража может, по ходатайству Стороны или по собственной инициативе и после проведения консультаций со Сторонами, вынести определение о проведении Слушания показаний и свидетельств в формате Дистанционного слушания. В этом случае Состав арбитража проводит консультации со Сторонами с целью установления протокола проведения Дистанционного слушания с тем, чтобы такое Дистанционное слушание было проведено эффективно, справедливо и, по возможности, без непреднамеренных сбоев».)

⁴¹ Там же.

⁴² Ст. 8.2(а) – (е) Правил МАЮ 2020 года.

⁴³ См., напр., «Международный арбитраж при COVID-19: обзор новых процессуальных форм и практик

практикующих юристов и ведущих арбитражных институтов».⁴³

Кроме того, измененная статья 8.5 теперь предусматривает, что Состав арбитража может разрешить дачу прямых устных свидетельств на Слушании по доказательствам, даже в тех случаях, когда Стороны договорились (или Состав арбитража распорядился) о том, что Письменные свидетельские показания или Заключение Экспертов будут являться прямыми доказательствами конкретного свидетеля.⁴⁴ Данное положение всего лишь прямо регулирует, что подразумевается под дискреционным полномочием Состава арбитража разрешить дачу прямых устных показаний, даже если ранее Сторона представила письменные показания вместо устных показаний, и разрешить свидетелю при даче устных показаний выйти за рамки того, что было изложено в ранее представленных письменных показаниях.

8. Допустимость и оценка доказательств (статья 9)

Являясь ключевой составляющей Правил МАЮ, статья 9 регулирует вопросы допустимости и оценки доказательств. В соответствии со статьей 9.1 Состав арбитража продолжает пользоваться правом широкого усмотрения в этом отношении.⁴⁵ Таким

ведущих арбитражных институтов», Меморандум Cleary Gottlieb для клиентов от 10 июля 2020 года.

Приложенный «Перечень ресурсов» в этом отношении является особенно релевантным и полезным.

⁴⁴ См. ст. 8.5 Правил МАЮ 2020 года («Стороны могут договориться (или Состав арбитража может распорядиться) о том, что Письменные свидетельские показания или Заключение Экспертов будут являться прямыми доказательствами конкретного свидетеля. При этом, однако, Состав арбитража вправе разрешить свидетелю дать дополнительные устные показания».)

⁴⁵ См. ст. 9.1 Правил МАЮ 2020 года («Состав арбитража устанавливает допустимость, относимость, существенность и вес доказательств»).

образом, статья 9 предназначена только для того, чтобы обозначить приблизительную структуру методологических принципов для Составов арбитража. В то же время изменения, внесенные в данный раздел в 2020 году, содержат более подробные и полезные формулирования, которые скорее всего будут иметь значение почти для всех арбитражных разбирательств. В частности, они рассматривают вопросы доказательств, полученных незаконным путем (подпункт (а) ниже), и конфиденциальности (подпункт (b) ниже). С другой стороны, несмотря на предложения о внесении определенных поправок, которые решали бы вопросы, связанные с выводами Составов арбитража о том, что определенное доказательство или документ были бы не для интересов этой Стороны, в конечном итоге никаких значительных изменений в этом отношении принято не было (подпункт (с) ниже).

а. Доказательства, полученные незаконным путем

Примечательно, что новый подраздел статьи 9.3 Правил МАЮ 2020 года теперь прямо устанавливает, что Состав арбитража *«может, по требованию Стороны или по собственной инициативе, исключить доказательства, полученные незаконным путем»*, и это можно рассматривать как реакцию на недавние судебные прецеденты и комментарии в отношении доказательств, которые считаются *«плодами ядовитого дерева»*. Однако в Правилах не уточняется, что именно является *«доказательствами, полученными незаконным путем»*. Таким образом, Правила верно подразумевают, что не существует единообразного или даже общего уголовно-правового или гражданско-правового стандарта для определения того, были ли доказательства получены незаконным путем.

Определение этого факта, таким образом, будет в значительной степени зависеть от норм закона, применяемые к соответствующему спору и, в частности, к вопросу незаконности получения доказательств, а также от биографии, опыта и общей оценки Составов арбитража. Само собой разумеется, что, хотя эта прямая норма эффективно проливает более яркий свет на этот обретающий все большую остроту вопрос, она также может привести к росту связанных споров о соблюдении принципа надлежащего осуществления правосудия, рассматриваемых как Составами арбитража, так и в судах соответствующей юрисдикции.

б. Конфиденциальность

Помимо и отдельно от продолжающейся дискуссии о том, насколько подразумеваемый *«покров конфиденциальности»* защищает от внешнего мира сбор доказательств в рамках арбитражных процессов, в которых не применяются прямые положения о конфиденциальности, вопрос о пределах конфиденциальности в отношениях *между сторонами* арбитража также остается животрепещущим в рамках многих арбитражных разбирательств.

В соответствии со статьей 9.4 Правил МАЮ 2010 года Составы арбитража уполномочены обеспечивать надлежащую защиту конфиденциальности *«при представлении или изучении доказательств»* (например, посредством вынесения определения *«Строго конфиденциально, только для адвоката»*). И хотя Правила различают между Документами, которые по собственной инициативе предоставляются в качестве доказательств, и Документами, предоставляемыми противоположной Стороне исключительно в ответ на Ходатайство о предоставлении документов,⁴⁶ статья 9.4 Правил МАЮ 2010

Данное положение было перенесено в новую редакцию из предыдущих редакций Правил МАЮ.

⁴⁶ Ср. ст. 3.12 Правил МАЮ 2020 года.

года иначе не рассматривает вопрос о том, будет ли такая защита конфиденциальности также применяться к Документам, предоставляемым в ответ на Ходатайство о предоставлении документов. Последняя редакция данного положения (теперь статья 9.5 Правил МАЮ 2020 года) целесообразно предусматривает его более широкое применение, с тем чтобы оно также прямо применялось к Документам, которые должны быть предоставлены.⁴⁷

с. Выводы в пользу противоположной стороны

Статьи 9.6 и 9.7 Правил МАЮ 2020 года в общих чертах описывают, в какой момент Состав арбитража может посчитать обоснованным сделать выводы в пользу противоположной стороны.⁴⁸ Однако предложения Рабочей группы 2020 года о включении формулировки, прямо предусматривающей, что выводы в пользу противоположной стороны могут быть сделаны Составом арбитража «*по требованию Стороны*» или «*по собственной инициативе*», были в конечном итоге отвергнуты. Таким образом, эти положения по-прежнему так же широко сформулированы, как и в Правилах МАЮ 2010 года, оставляя модальности и процедуры формирования выводов в пользу противоположной стороны целиком на усмотрение Составы арбитража.⁴⁹

В данных обстоятельствах можно было бы подумать о том, чтобы предоставить (небольшие) разъяснения в том числе по следующим вопросам: (i) что, как минимум,

⁴⁷ См. ст. 9.5 Правил МАЮ 2020 года («*В тех случаях, когда это необходимо, Состав арбитража вправе принять требуемые меры для того, чтобы разрешить предоставлять Документы, а также разрешить предоставлять или рассматривать доказательства с учетом необходимых мер сохранения их конфиденциальности*») (изменения выделены нами).

⁴⁸ См., напр., ст. 9.5 Правил МАЮ 2010 года («*Если без приемлемых объяснений Сторона не представляет какой-либо Документ, запрошенный в Ходатайстве о*

должно содержаться в ходатайстве Стороны, т.е. требование о конкретности для конкретного ходатайства об определенном выводе в пользу противоположной стороны, (ii) когда или как Состав арбитража сообщит Сторонам о том, что он по собственной инициативе рассматривал возможность вывода в пользу противоположной стороны, (iii) какой именно вывод в пользу противоположной стороны рассматривал Состав арбитража, и (iv) получают ли Стороны возможность, в рамках соблюдения принципа надлежащего осуществления правосудия, прокомментировать предполагаемый вывод Составы арбитража.

Следует исходить из того, что эти вопросы почти наверняка будут рассмотрены и разрешены совестливым Составом арбитража, с учетом основополагающих прав Сторон на соблюдение принципа надлежащего осуществления правосудия и особенностей конкретного дела. В то же время, заявление требования о том, чтобы Состав арбитража сделал вывод в пользу противоположной стороны, удовлетворение такого требования или отказ в его удовлетворении могут потенциально оказать значительное влияние на итог судебного процесса.

В то время как, с одной стороны, является абсолютно правильным то, что Состав арбитража должен обладать значительной гибкостью в решении данного вопроса, с другой стороны, общая формулировка Правил, возможно, не отражает надлежащим образом последствия, которые могут иметь место в

предоставлении документов, в отношении которого она своевременно не заявила возражений, а равно не представляет какой-либо Документ, который должен быть предоставлен по распоряжению Составы арбитража, Состав арбитража вправе сделать вывод о том, что такой документ был бы неблагоприятен для интересов этой Стороны.»).

⁴⁹ Ср. параграф 2 Преамбулы к Комментариям к измененной редакции Правил МАЮ 2010 года о получении доказательств в международном арбитраже.

результате того, что Состав арбитража придет к таким выводам.

9. Выводы и заключение

Принимая во внимание то, что Правила имеют статус «мягкого права», пользователи и практикующие юристы также аналогичным образом должны внимательно оценить последние изменений к Правилам МАЮ. Это является особенно важным, принимая во внимание, что измененные Правила МАЮ будут применяться не только к арбитражным соглашениям, заключенным после вступления Правил 2020 года в силу (т.е. после 17 декабря 2020 года), но также в тех случаях, когда Стороны соглашаются применять Правила в редакции, действующей на момент начала соответствующего арбитражного разбирательства.

Имея в распоряжении новую редакцию Правил, практикующие юристы и пользователи будут вполне в состоянии справиться с трудностями, возникающими при получении и предоставлении доказательств в международном арбитраже. Особенно примечательно то, что теперь Правила также в общих чертах регулируют порядок проведения Дистанционных слушаний, которые преобладали на фоне пандемии COVID-19 и, вероятнее всего, также будут использоваться и впредь, в том числе из соображений эффективности и стоимости.

С другой стороны, возможно, была упущена возможность довести Правила до совершенства в том, что касается Допустимости и оценки Доказательств в контексте норм о юридических препятствиях или привилегиях конфиденциальности, а также выводах в пользу противоположной стороны.

Во-первых, что касается вопросов привилегий конфиденциальности, на практике стало очевидным, что некоторые Стороны и их консультанты, включая некоторых из них из тех юрисдикций, в которых правила и судебная практика не дают основу для оправданных ожиданий наличия юридических препятствий или привилегий конфиденциальности, тем не менее полагают или в любом случае утверждают, что у них имеются ожидания в отношении такого юридического препятствия или привилегии конфиденциальности. Такая тенденция часто приводит к ненужным и занимающим много времени дискуссиям в рамках процесса, чего можно было бы избежать, если бы этот вопрос был разъяснен в Правилах.⁵⁰

Во-вторых, было бы желательно, чтобы Правила в общих чертах описывали, когда могут быть сделаны выводы в пользу противоположной стороны, включая детали соответствующих процессов принятия таких решений. С 2010 года лишь немногие вопросы, связанные с получением и представлением доказательств, вызывали в международном арбитраже столько же дискуссий, попыток практического применения, а также недопонимания и даже злоупотреблений, как так называемые выводы в пользу противоположной стороны.

И наконец, похвально то, что Рабочая группа МАЮ использовала возможность внесения изменений в Правила, чтобы лучше объяснить содержание Комментариев, в том числе путем актуализации Комментариев и путем включения более четких ссылок на них. На сегодняшний день опыт показывает, что, несмотря на усилия Комитета в момент работы над редакцией Правил МАЮ 2010 года и те усилия, которые прилагались им с того времени, существование и содержание

⁵⁰ Например, если бы в статью 9.4(с) было внесено требование о том, что ожидания Сторон и их консультантов, ссылающихся на наличие юридических

препятствий или привилегии, должны быть «обоснованными».

Комментариев как неотъемлемого инструмента для понимания и применения Правил, не совсем достигли того уровня признания, которого они заслуживают. С учетом большего внимания, уделенного им в Правилах МАЮ 2020 года, Комментарии несомненно помогут читателям, в особенности тем, кто впервые применяет Правила, лучше понять их цель, содержание и предполагаемые ограничения.

Если у вас возникнут какие-либо вопросы в отношении настоящего меморандума, просим обращаться к вашему обычному контактному лицу или любому из указанных ниже юристов.

...

CLEARY GOTTLIB