

## ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ДОКУМЕНТОВ КАК ОТДЕЛЬНАЯ СТАДИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

**Д.В. Кайсин,**  
LL.M., кандидат юридических наук,  
член Королевского института арбитров (MCIArb)  
и Арбитражной комиссии МТП (Россия),  
советник адвокатского бюро «Егоров, Пугинский,  
Афанасьев и партнеры»

*Вопрос представления документов продолжает оставаться дискуссионной темой, широко обсуждаемой в международном арбитражном сообществе. Принципиально можно выделить два лагеря арбитражных специалистов: тех, кто выступает за широкое раскрытие документов, и тех, кто призывает к значительным ограничениям в этой сфере. Позиция юриста по данному вопросу в значительной степени определяется полученным юридическим образованием и традициями правовой системы государства, в котором он практикует. Правила МАЮ 2010 г. остаются ключевым источником «мягкого» права и чаще всего применяются в международном арбитраже. В то же время недавно принятые Пражские правила 2018 г. предлагают иной подход: пропагандируется представление только конкретных документов (а не их категорий) и только в исключительных случаях. Иными словами, представление документов не предусмотрено в качестве отдельной стадии разбирательства. Вряд ли обоснованно сразу и безоговорочно исключать данную стадию как таковую. По этому вопросу третейскому суду следует принимать решение в зависимости от ожиданий и мнений сторон, а также конкретных обстоятельств спора.*

*Ключевые слова: представление документов; раскрытие; доказательство; адвокатская тайна; негативные последствия.*



## DOCUMENT PRODUCTION AS A SEPARATE STAGE OF INTERNATIONAL ARBITRATION

DMITRY KAYSIN,  
LL.M., Ph.D. in Law,  
Member of the Chartered Institute of Arbitrators (MCIArb)  
and of the ICC Commission on Arbitration (Russia),  
Counsel at *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners* Law Offices

*There are ongoing raging debates on the question of document production. Essentially, arbitration specialists are divided into two camps – those who argue for extensive document production, and those who call for limited production. Where one falls depends – predominantly – on an individual’s background: their legal education and their home jurisdiction, since rules vary significantly across different national systems. The 2010 IBA Rules remain the key soft law instrument, and those Rules dominate arbitral practice. However, the newly approved 2018 Prague Rules offer a different approach: they encourage production of specific documents (and not categories of documents), and only in exceptional circumstances. On other words, document production as a separate stage is not provided. Ultimately, the approach taken to document production should be guided by the parties’ expectations and adapted to the particular circumstances of the case at hand. It would be unhelpful to rule out any document production as a matter of course.*

*Keywords: document production; disclosure; evidence; attorney-client privilege; adverse inferences.*



## 1. Представление документов: различия в подходах различных стран

Истоки процедуры представления документов (*document production*) как отдельной стадии третейского разбирательства следует искать в судопроизводстве США. В отличие от континентальной традиции, исковое производство в странах системы общего права возбуждается преимущественно на основании короткого заявления, которое не сопровождается развернутыми фактическими или правовыми аргументами, а равно приложением подтверждающих документов. Вслед за таким заявлением в США следует процедура раскрытия (*discovery*). Эта стадия чрезвычайно затратна как с точки зрения временной продолжительности, так и необходимости привлечения большого количества трудовых и денежных ресурсов. Ее существо заключается в том, что спорящие стороны по запросам друг друга представляют документы, обеспечивают допрос свидетелей (*depositions*), готовят письменные ответы на вопросы (*interrogatories*), признают определенные факты (*admissions*). Предмет запросов, как правило, очень широкий: хотя они формально и относятся к исковым требованиям (возражениям), но могут охватывать смежные области, где процессуальный оппонент стремится обнаружить факты, которые могут потенциально прямо или косвенно подорвать позицию другой стороны (*fishing expeditions*)<sup>1</sup>.

При этом важно, что на стороне лежит обязанность раскрыть документы, подтверждающие не только те обстоятельства, на которых она основывает свои требования, но и обратные обстоятельства, установление которых может негативно сказаться на оценке ее позиции. Поэтому часто адвокаты сторон представляют тонны (и это не преувеличение, в особенности для крупных споров) различных документов. Задачей получающей стороны является подробный анализ таких документов и поиск в них положительной для своего дела информации, однако на тысячах страниц подчас сложно найти искомое. В связи с этим столь обильное раскрытие часто представляет собой тактический прием раскрывающей стороны, затрудняет поиск информации, выгодной для получающей стороны<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Blanke G. Document Production in International Arbitration: From Civil and Common Law Dichotomy to Operational Synergies // Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2017. Vol. 83. Issue 4. P. 425–426 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.ciarb.org/media/1381/november-2017.pdf>).*

<sup>2</sup> *Access to Justice: Final Report. Ch. 12, para. 37 (<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060214041307/http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3b.htm#c12>); Kekenadze G. Dis-*

Указанная процедура применялась и в Великобритании практически до конца XX в., когда она была заменена на процедуру *disclosure*, предполагающую более лимитированное по объему раскрытие информации<sup>1</sup>. Данная реформа была реакцией на доклад лорда Вульфа 1996 г., подвергнувшего критике *discovery* как не соответствующую интересам правосудия процедуру.

С конца 2015 г. в США действует новая редакция правила 26 Федеральных правил гражданского процесса (Federal Rules of Civil Procedure (FRCP))<sup>2</sup>. Американский законодатель, в отличие от его английских коллег, решил не менять наименование данной стадии; объем раскрытия в США сократился, но крайне незначительно.

Одним из предложений, озвученных в ходе английской реформы, был полный отказ от раскрытия по примеру стран континентальной системы права, для которых данный механизм является чужеродным<sup>3</sup>. Во Франции, Германии или России, например, стороны представляют в государственный суд только доказательства, подтверждающие обстоятельства, на которых основаны их требования или возражения. На стороне не лежит процессуальная обязанность раскрыть документы, содержащие негативную для ее позиции информацию. Тем не менее другая сторона вправе обратиться в определенных случаях с ходатайством в суд о раскрытии противной стороной конкретных документов. Однако романо-германский механизм представления документов даже отдаленно не напоминает широкое раскрытие, практикуемое в США<sup>4</sup>.

---

covering Memo: A Document Production in International Arbitration: LL.M. Short Thesis. Central European University, 2016. P. 7–9 (доступно в Интернете по адресу: [www.etd.ceu.hu/2016/kekenadze\\_giorgi.pdf](http://www.etd.ceu.hu/2016/kekenadze_giorgi.pdf)).

<sup>1</sup> Основное различие заключается в том, что в рамках английского *disclosure* разрешены только запросы существующих документов, в то время как американские *depositions*, *interrogatories* и *admissions* недоступны.

<sup>2</sup> [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_26](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26)

<sup>3</sup> *Elgueta G.R.* Understanding Discovery in International Commercial Arbitration Through Behavioral Law and Economics: A Journey Inside the Minds of Parties and Arbitrators // Harvard Negotiation Law Review. 2011. Vol. 16. P. 171. Это предложение не получило поддержки как чрезмерно радикальное.

<sup>4</sup> *Astigarraga J.I., Peña Bernal E.J. de la.* 19. Cultural Considerations in Advocacy: Latin America // The Guide to Advocacy / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3<sup>rd</sup> ed. Law Business Research Ltd., 2018. P. 243.

Данные «культурные коды» необходимо учитывать при выборе арбитров<sup>1</sup>, юридических представителей и согласовании процессуальных правил (приказов), применимых к конкретному третейскому разбирательству, поскольку в международный арбитраж его участниками экспортируются подходы к ведению дел, принятые в национальных государственных судах<sup>2</sup>.

Традиционно в США арбитраж рассматривается как способ разрешения споров, исключаящий процедуру *discovery*<sup>3</sup>, поскольку, в отличие от государственных судов, исторически он был призван разрешать споры быстро и с небольшими финансовыми затратами<sup>4</sup>. В литературе преобладает точка зрения, что американская концепция *discovery* несовместима с международным арбитражем<sup>5</sup>.

Процедура представления документов в международном арбитраже представляет собой симбиоз англосаксонской и континентальной традиций с некоторым превалированием первой<sup>6</sup>.

## 2. Источники правового регулирования представления документов в международном арбитраже

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (далее — Типовой закон), а также подавляющее большинство

<sup>1</sup> *Yeo A., Yu Ch.S.* Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West // The Guide to Advocacy / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3<sup>rd</sup> ed. P. 189–190.

<sup>2</sup> *Schneider M.E.* 9. The Paper Tsunami in International Arbitration: Problems, Risks for the Arbitrators' Decision Making and Possible Solutions // 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). ICC Pub., 2009. P. 366.

<sup>3</sup> *El Ahdab J., Bouchenaki A.* Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers? // Arbitration Advocacy in Changing Times (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 15) / A.J. van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 2011. P. 69; *Elgueta G.R.* Op. cit. P. 173–174.

<sup>4</sup> *D'Agostino M.R.* Relaxing the Standard for Court-Ordered Discovery in Aid of Commercial Arbitration // Fordham Law Review. 1982. Vol. 50. No. 6. P. 1449–1451 (доступно в Интернете по адресу: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2539&context=flr>).

<sup>5</sup> *Зыков П.О.* Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М.: Статут, 2014. С. 136; *Elgueta G.R.* Op. cit. P. 180; *Гребельский А.В.* Раскрытие письменных доказательств в международном коммерческом арбитраже // Право и экономика. 2015. № 8. С. 72–73.

<sup>6</sup> *Lörcher T.* Cultural Considerations in Advocacy: Continental Europe // The Guide to Advocacy / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3<sup>rd</sup> ed. P. 228.

национальных законов об арбитраже только в общем виде описывают полномочия третейских судов<sup>1</sup> в части вопросов доказывания.

Так, согласно ч. 2 ст. 19 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон об арбитраже) и п. 2 ст. 19 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА) при отсутствии специальных договоренностей сторон<sup>2</sup> третейский суд осуществляет арбитраж таким образом, какой он посчитает надлежащим, в том числе в отношении определения допустимости, относимости и значения любого доказательства.

Иными словами, на законодательном уровне, в отличие от национальных правил (кодексов) гражданского судопроизводства, третейским судам предоставлены широкие полномочия по установлению процедуры ведения разбирательства.

Все правила институциональных арбитражей, впрочем, как и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010 г., следуют тому же подходу, закрепляя высокую степень усмотрения третейского суда по вопросу процедуры рассмотрения спора.

Данный единообразный подход можно только приветствовать. Как минимум арбитраж продолжает оставаться незарегламентированной формой рассмотрения споров, предоставляя в первую очередь его сторонам и затем самому третейскому суду право устанавливать процедурные особенности разбирательства дела.

Порядок представления документов не является исключением из указанного правила<sup>3</sup>. В то же время арбитражными институтами<sup>4</sup> и ассоциациями юристов разработаны и внедрены специальные пра-

---

<sup>1</sup> Термины «третейский суд» и «трибунал» используются по тексту настоящей работы как равнозначные.

<sup>2</sup> Известные автору арбитражные соглашения никогда не содержали положений о порядке представления документов.

<sup>3</sup> *Born G.B.* International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. Kluwer Law International, 2014. P. 2332; *Blanke G.* Op. cit. P. 432–433.

<sup>4</sup> См., например, Протокол о раскрытии документов и представлении свидетельских показаний в коммерческом арбитраже (Protocol on Disclosure of Documents & Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration) 2009 г., подготовленный Международным институтом по предотвращению и разрешению конфликтов (International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR)): <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/protocol-on-disclosure-of-documents-presentation-of-witnesses-in-commercial-arbitration>.

вила, посвященные доказательствам в международном арбитраже. Пальму первенства среди них стоит отдать Правилам Международной ассоциации юристов (МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) 2010 г.<sup>1,2</sup> (далее – Правила МАЮ), пришедшим на смену более ранним редакциям 1983 и 1999 гг. Как правило, они применяются в ходе арбитражных разбирательств в качестве норм «мягкого» права<sup>3</sup>.

Правила МАЮ рассматриваются в международном сообществе как инструмент рекомендательного характера, воспринявший лучшие традиции англосаксонской и континентальной правовых семей в области доказательств<sup>4</sup>. Действующая редакция Правил МАЮ учитывает озабоченность некоторых членов арбитражного сообщества касательно тренда на «американизацию» международного арбитража<sup>5</sup>.

В последнее время широкую огласку получили Пражские правила эффективной организации процесса в международном арбитраже (Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules))<sup>6,7</sup> (далее – Пражские правила), совсем недавно разработанные в профессиональном сообществе при активном участии в том числе российских специалистов. Они основаны на инквизиционном подходе (проактивной роли третейского суда), пропагандируют принципиальный отказ от представления документов и предназначены прежде всего для использования в арбитражах романо-германского

<sup>1</sup> <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D93AED22-2A27-4B1A-8455-D49711F66C18>

<sup>2</sup> См. статистику: *Segesser G. von*. The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the International Bar Association on 29 May 2010 // *ASA Bulletin*. 2010. Vol. 28. Issue 4. P. 736.

<sup>3</sup> *Hanessian G*. The Initial Hearing // *The Guide to Advocacy* / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3<sup>rd</sup> ed. P. 50.

<sup>4</sup> *Blanke G*. *Op. cit.* P. 426–427.

<sup>5</sup> *Clay A.St.* IBA Revised Rules of Evidence and Their Effect on International Arbitration (<http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2012/04/IBA-Revised-Rules-of-Evidence-and-their-effect-on-International-Arbitration.pdf>). P. 2; *El Ahdab J., Bouchenaki A.* *Op. cit.* P. 98.

<sup>6</sup> <https://praguerules.com/upload/medialibrary/443/44329e359e3111b0abca6f3b1be20412.pdf>

<sup>7</sup> См.: *Панов А.А.* «Пражские правила» – альтернативный подход к организации процесса в международном арбитраже // *Вестник международного коммерческого арбитража*. 2018. № 1(16). С. 76–91 <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.76> (со ссылками на иные материалы).

толка<sup>1</sup>. Пражские правила были официально подписаны на совместном с “Global Arbitration Review” мероприятии 14 декабря 2018 г.

### 3. Регламентация процедуры представления документов

Так, в ст. 4.2 Пражских правил закреплено, что по общему правилу третейскому суду и сторонам рекомендуется избегать любой формы представления документов, в том числе электронного раскрытия. Таким посылом авторы Пражских правил, можно сказать, исключили стадию представления документов из периметра регулирования, хотя и разумно предусмотрели, что при наличии особых обстоятельств и по запросу стороны третейский суд может указать в процессуальном графике представление определенных документов в качестве самостоятельной стадии (ст. 4.3, 4.4).

В свою очередь Правила МАЮ шире и детальнее регламентируют данную процедуру. Статьи 3 и 9 подробно описывают действия сторон и третейского суда, их права и обязанности, а также юридические тесты, применимые к оценке запросов сторон, разрешению вопросов об исключении конкретных документов из объема запрошенных (представляемых) документов, и правила о негативных выводах вследствие уклонения стороны от представления документа<sup>2</sup>. Подробнее некоторых из них рассматриваются ниже.

Как правило, отдельно стадия представления документов предусматривается в крупных (как с точки зрения цены спора, так и с точки зрения фактических обстоятельств) третейских разбирательствах. Критерий крупности, конечно, не является единственным: в спорах, где большинством доказательств обладает только одна сторона, также логично указать представление документов как отдельную стадию третейского разбирательства. Часто это корпоративные споры. Например, возникли разногласия о размере отложенного платежа, составляющего часть цены акций и рассчитываемого по формуле в зависимости от наступления тех или иных событий в деятельности компании в будущем (достижения определенных финансовых показателей, отсутствия пре-

---

<sup>1</sup> *Khvalei V.* The Prague Rules – Dispelling Misconception (22 November 2018) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1177181/the-prague-rules-%E2%80%93-dispelling-misconceptions>).

<sup>2</sup> Пражские правила содержат аналогичное, но более краткое регулирование в части требований к запросу документов (ст. 4.5) и выводах третейского суда, противоположных позиции стороны, в случае непредставления ею потенциально неблагоприятного документа (ст. 10).

тензий налогового органа в течение трех лет и т.п.); разумно предположить, что прежний собственник соответствующей информацией и документами располагать не будет, поскольку контроль ранее перешел к новому собственнику. Другой пример – строительные споры, когда у подрядчика хранится большой объем проектной, исполнительской или иной документации, которая необходима для расчета стоимости произведенных работ и которая заказчику по тем или иным причинам ранее не передавалась. Ради достижения баланса интересов и соблюдения прав спорящих сторон третейский суд не должен отказывать в истребовании у стороны документов, оценка которых является ключевой для разрешения дела.

Стадия представления документов обычно следует за обменом сторонами первыми процессуальными заявлениями по существу (исковым заявлением и возражениями на него). В этот момент обеим сторонам становятся известны обстоятельства спора и соответствующие доказательства<sup>1</sup>. Несмотря на это общее правило, особенности дела могут диктовать иной подход, состоящий в более раннем представлении сторонами документов. Иногда данная стадия выделяется в процедурных графиках и в рамках общей стадии рассмотрения вопроса о компетенции третейского суда, в особенности при разрешении инвестиционных споров<sup>2</sup>. Например, государство оспаривает факт своего правопреемства из соглашения о защите капиталовложений, заключенного его правопреемником, однако у инвестора объективно отсутствует доступ к дипломатической переписке государств, важной для разрешения вопроса о правопреемстве<sup>3</sup>.

В первом процессуальном приказе или ином равнозначном документе редко подробно описываются правила и особенности представ-

<sup>1</sup> *Пильков К.Н.* Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже: Научно-практическое пособие. Киев: Освита Украины, 2016. С. 460–461.

<sup>2</sup> Впрочем, инвестиционный арбитраж сейчас серьезно критикуется в том числе и за чрезмерно растянутую во времени стадию представления документов (см.: Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): Записка Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.149) (5 сентября 2018 г.) (<https://undocs.org/ru/A/CN.9/WG.III/WP.149>). С. 5 (п. 16)).

<sup>3</sup> Вопрос о представлении документов, безусловно, может быть поставлен и после утверждения процессуального графика, когда по обстоятельствам рассмотрения спора разумно предположить наличие иных важных документов, отсутствующих в материалах дела. Например, в описанном случае стало очевидным, что государство приложило к своим возражениям по компетенции не все документы – раскрыло свою ответную ноту, но не представило первичную ноту другого государства.

ления документов, часто делается отсылка к Правилам МАЮ или иным аналогичным регламентам как обязательным либо рекомендованным к применению<sup>1</sup>.

Для упрощения и стандартизации данной процедуры используется так называемая таблица Редферна, названная так в честь ее создателя, известного английского арбитражного специалиста Алана Редферна (Alan Redfern)<sup>2</sup>. В инвестиционных арбитражах, и в особенности если в состав трибунала входит французский профессор Бриджит Штерн (Brigitte Stern), применяются и так называемые таблицы Штерн<sup>3</sup>.

Вместе с тем стоит помнить, что стороны могут обращаться к третейскому суду с ходатайствами о принудительном представлении документов оппонентом и вне рамок утвержденного процедурного графика. Такие ходатайства часто вызваны обнаружением важной информации в недавно поданных противной стороной процессуальных заявлениях, письменных свидетельских показаниях, отчетах экспертов или приложенных к ним документах. Например, из переписки с государственным органом истцом подан только один документ, а иные остались нераскрытыми.

Альтернативой такого рода ходатайствам может быть предварительное обращение с запросом напрямую к процессуальному оппоненту, а равно приглашение к раскрытию, включенное в ближайшее по времени процессуальное заявление. Последний способ запроса документов целесообразно использовать в случае нескольких раундов обмена про-

---

<sup>1</sup> Далее описан процесс представления документов, как он обычно применяется на практике. Безусловно, процедура может отличаться, порой значительно, от арбитража к арбитражу.

<sup>2</sup> По горизонтали запрашивающая сторона заполняет колонки, именуя испрашиваемый документ (категорию документов), обосновывая его относимость и существенность для разрешения дела; далее следует очередь противной стороны снабдить ту же строку возражениями (комментариями), далее – ответ запрашивающей стороны и, наконец, решение трибунала. В некоторых случаях предусматривается дополнительный раунд заполнения таблицы сторонами с целью включения новых пояснений. По вертикали запрашивающая сторона располагает и нумерует отдельные запросы различных документов (их категорий).

<sup>3</sup> Запрос каждого документа (их категории) – это отдельная таблица, в которой столбцы, описанные в предшествующем сноске, являются здесь строками, т.е. расположены горизонтально, а не вертикально, как в таблице Редферна. Таблицы Штерн удобнее в использовании в случае обширных объяснений сторон: за счет горизонтального расположения исключается необходимость сужения размера столбцов, дабы поместить последующие объяснения сторон и решение трибунала в узкую по размерам ячейку (столбец).

цессуальными заявлениями, когда оппонент совместно с очередным письменным заявлением имеет возможность представить затребованные материалы, а запрашивающая сторона – прокомментировать их в своем процессуальном заявлении. Выбор наиболее приемлемой формы запроса, конечно, зависит от конкретных обстоятельств спора и самого разбирательства, стратегии и тактики ведения дела, а равно личностных и профессиональных характеристик представителей оппонентов и их предшествующего поведения. Вне сомнений, способы получения документов, не предполагающие вовлечения трибунала, ведут к меньшим временным и денежным затратам на проведение арбитража.

На данной стадии роль третейского суда является ограниченной и сводится к разрешению возражений в части объема и перечня запрошенных документов, а равно иных сопутствующих процессуальных вопросов. Если таких возражений не возникает (хотя подобный сценарий – редкий случай), третейский суд вообще фактически не участвует в данной стадии. Трибунал непосредственно не вовлечен и в анализ документов, которыми обмениваются стороны, поскольку они не предоставляют ему доступ к ним (не копируют в электронной переписке<sup>1</sup>), и такие документы не становятся материалами дела в момент их представления другой стороне. По факту изучения стороной полученных документов она отбирает те из них, которые считает важными, и прикладывает их к своей очередной письменной позиции. В этот момент такие документы приобретают статус материалов третейского разбирательства, подлежащих в конечном итоге оценке трибуналом.

По факту разрешения поступивших возражений выносится процессуальный приказ, не подлежащий отдельному оспариванию в государственных судах. В нем приводятся краткие доводы в пользу принятия того или иного решения. Третейский суд может сузить объем раскрытия, например, уточнив категорию искомых документов, указав ограничительный временной период и т.п.

Далее стороны раскрывают друг другу документы к установленному моменту. Независимо от языка арбитражного разбирательства, документы представляются на языке оригинала без перевода<sup>2</sup>, обычно

---

<sup>1</sup> В случае, когда члены третейского суда все-таки получают доступ к раскрываемым документам, им следует воздержаться от их анализа. В большинстве случаев в процессуальном приказе специально указывается на то, что членам третейского суда документы не направляются.

<sup>2</sup> К раскрываемым документам не подлежат применению и иные правила, установленные для оформления фактических и юридических приложений к процессуальным заявлениям сторонам (особая нумерация, распознаваемость слов в тексте и т.п.).

посредством выгрузки их электронных версий в виртуальное хранилище данных<sup>1</sup>. В части привилегий и юридических запретов в тот же момент раскрывается список документов, которые сторона отказывается представить (*privilege log*), с указанием их основных исходных данных<sup>2</sup>. Также документы порой раскрываются не полностью, с удаленными фрагментами<sup>3</sup>, на что получающей стороной тоже могут быть поданы возражения.

Романо-германской модели судопроизводства известен аналогичный, но не тождественный институт истребования доказательств<sup>4</sup>. Так, согласно ч. 4 ст. 66 АПК РФ сторона, которая не может самостоятельно получить доказательство от лица, у которого оно находится, вправе обратиться с соответствующим ходатайством в арбитражный суд (аналогичные положения содержатся в ч. 1 и 2 ст. 57 ГПК РФ). Правда, в российской судебной практике вопрос о том, применяется ли данная норма в отношении другой стороны, не разрешен окончательно. Имеются примеры, когда арбитражный суд истребует документы от ответчика по ходатайству истца (и наоборот), но существует и обратная судебная практика, ограничивающая круг лиц, которым может быть адресован запрос суда, только третьими лицами, *не* участвующими в деле. Российский законодатель также требует, чтобы запрашивающая сторона показала, что самостоятельно получить искомый документ она ранее не смогла или не может<sup>5</sup>. Стоит

---

<sup>1</sup> Если иное специально не установлено в процессуальных приказах, обычно электронные документы выгружаются с удалением метаданных, а сообщения электронной почты – в их оригинальном виде или в распечатанной и затем отсканированной форме. Юристы раскрывающей стороны часто идут на различные технические уловки, усложняющие процесс обработки: запреты на поиск слов по тексту документа, на копирование слов и фраз из документа и т.п.

<sup>2</sup> *Bishop R.D., Stevens M.* Document Exchanges and the Collision of Ethical Duties of Counsel from Different Legal Systems // *Players Interaction in International Arbitration* (= *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 9*) / В. Hanotiau, A. Mourre (eds.) (ICC Publication No. 737E). ICC Pub., 2012. P. 29.

<sup>3</sup> В частности, нередко персональные данные физических лиц не подлежат раскрытию без их согласия в соответствии с нормами национального законодательства, например Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных».

<sup>4</sup> См. подробнее: *El Ahdab J., Bouchenaki A.* Op. cit. P. 80–85.

<sup>5</sup> В такой ситуации потребуются доказать факт обращения к определенному лицу без посредничества российского суда и факт отказа (игнорирования) в добровольном удовлетворении обращения, а равно указать на иные причины, препятствующие представлению документа.

признать, что современная романо-германская процедура истребования доказательств имеет больше сходств, чем различий, с моделью представления документов в международном арбитраже. Отличия разнятся от государства к государству и носят скорее «технический», уточняющий саму процедуру характер.

#### **4. Критерии удовлетворения требования о представлении документов**

Не все запросы о представлении документов удовлетворяются третейскими судами. В практике выработано несколько ключевых критериев, которым должен отвечать запрос. Они закреплены и в Правилах МАЮ.

##### **4.1. Относимость**

Запрашиваемый документ должен быть релевантным по отношению к обстоятельствам спора; как следствие, сложно сформулировать более четкое правило без индивидуальных характеристик дела. Так, в споре, где истец требует дать определенное толкование условию договора на основании норм применимого английского права, промежуточные версии договора не являются относимыми доказательствами, поскольку английский правопорядок исходит из общего правила, что содержание письменных договорных условий не может устанавливаться на основании указанных доказательств<sup>1</sup>.

##### **4.2. Существенность для разрешения спора**

Документ должен быть значимым и важным для вынесения арбитражного решения. В литературе высказано мнение, что критерий относимости в конечном итоге поглощается существенностью<sup>2</sup>, поскольку сама по себе относимость не имеет самостоятельного значения. По приведенному выше примеру очевидна правдивость данного аргумента: промежуточные версии договора несущественны для установления содержания условия договора (о чем просит истец и что требуется разрешить третейскому суду) с точки зрения английского права.

---

<sup>1</sup> *Beale H.G.* in: *Chitty on Contracts* / H.G. Beale (ed.). 32<sup>th</sup> ed. Sweet & Maxwell, 2015. P. 1084–1086.

<sup>2</sup> *Born G.B.* Op. cit. P. 2362; *Marghitola R.* Document Production: New Findings on an Old Issue // *ASA Bulletin*. 2016. Vol. 34. Issue 1. P. 80–81.

При формулировании запросов стоит обсудить их с привлеченным экспертом, который может оказать серьезную помощь в этом направлении<sup>1</sup>.

#### **4.3. Достаточность описания документа, а равно подробность описания конкретной узкой категории документов**

В отличие от Правил МАЮ, Пражские правила запрещают запросы категорий документов, пусть даже и узко сформулированных, в чем составители последних видят их преимущество<sup>2</sup>. Однако объективно встречаются ситуации, когда запрашивающая сторона не может идентифицировать документ (несколько документов) с достаточной точностью, и тогда на помощь приходит подход, воспринятый в Правилах МАЮ. Безусловно, грань между обоснованным запросом категории документов и тактикой *fishing expeditions* очень тонка<sup>3</sup>, и ее установление ложится дополнительным бременем на третейский суд. Тем не менее безоговорочный отказ от запроса категорий документов как общее правило вряд ли уместен — по крайней мере для сложных фактологических споров, в отношении которых оправданно использование Пражских правил<sup>4</sup>. При согласовании условия о применении тех или иных дополнительных правил сторонам необходимо учитывать такое принципиальное различие и на данном этапе изначально договориться о том, каким образом это правило будет работать в конкретном деле.

Как Правила МАЮ, так и Пражские правила необязательно применять в их текущей редакции, на что прямо указано их составителями. Иными словами, стороны или третейский суд вправе внести в них изменения, в том числе исключить право запрашивать категории документов или конкретные виды документов (например, внутреннюю переписку стороны).

В связи с активным использованием электронной переписки и электронных версий документов составители Правил МАЮ предусмотрели необходимость указать конкретные файлы, критерии поиска,

---

<sup>1</sup> *Haberman Ph.* 9. The Role of the Expert in Advocacy // The Guide to Advocacy / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3<sup>rd</sup> ed. P. 131.

<sup>2</sup> Аналогичные предложения высказывались и ранее (см., например: *Elgueta G.R.* Op. cit. P. 189–190).

<sup>3</sup> *Kekenadzé G.* Op. cit. P. 33–34.

<sup>4</sup> Are the Prague Rules the Answer? (7 January 2019) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1178803/are-the-prague-rules-the-answer/>).

конкретных лиц или другие методы идентификации электронных документов эффективным и экономичным способом. Предложения по более детальному регламентированию в конечном итоге не были поддержаны<sup>1</sup>. Проблемы, связанные с *e-disclosure*, разнообразны и масштабны<sup>2</sup>, поэтому в рамках настоящего исследования остановимся на них кратко.

Как правило, именно с *e-disclosure* связаны основные затраты сторон на данной стадии: требуется приобрести и применить специальные программы поиска, задействовать десятки сотрудников (юристов и специалистов в области информационных технологий) или нанять провайдера, предоставляющего соответствующие услуги. Расходы в конечном счете могут превысить несколько миллионов рублей. В связи с этим *e-disclosure* часто используется как стратегический способ заставить другую сторону заключить мировое соглашение<sup>3</sup>.

#### **4.4. Нахождение документов в распоряжении, ведении или под контролем оппонента**

Как правило, этот факт явствует из описания запрашиваемого документа (например, он был создан или получен оппонентом), и запрашивающая сторона ограничивается общим заявлением об отсутствии в ее распоряжении соответствующего документа, которое она включает в текст запроса.

Важно отметить, что запрошен может быть именно уже существующий документ. В рамках данной стадии нельзя обязать сторону составить и представить некий новый документ, например, суммирующий сведения о закупках товаров за 10 лет<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Segesser G. von.* Op. cit. P. 746.

<sup>2</sup> См., например: *Пильков К.Н.* Указ. соч. С. 464–470; *Гребельский А.В.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 108–110.

<sup>3</sup> *Dimitrov D.M., Black D.U.* Electronic Discovery in International Arbitration // International Arbitration in the United States / L. Shore, T.-H. Chend, J.E. La Chiusa, L. Schaner, M.V.J. Senn, L.-Y. Tan (eds.). Kluwer Law International, 2018. P. 364. О стратегии поведения сторон в процедуре *discovery* и экономическом подходе см. подробнее: *Elgueita G.R.* Op. cit. P. 176–181.

<sup>4</sup> Стоит оговориться, что вне рамок указанной стадии, обычно ближе к слушаниям, третейские суды могут затребовать у сторон различного рода таблицы, суммирующие обширные данные (выкладки), представленные в ходе разбирательства в различных процессуальных заявлениях. Кроме того, принципиально нельзя исключать,

Указанный критерий является достаточно широким по объему. На практике часто возникает вопрос о его соблюдении в случае, если документ находится не непосредственно у процессуального оппонента, а у его аффилированного лица. В отношении документов дочернего общества вопрос стоит признать разрешенным на практике: требование контроля соблюдено<sup>1</sup>. Сложнее обстоит дело с документами, находящимися в распоряжении или ведении контролирующего лица (материнской компании) или сестринской компании. В таком случае ответ на этот вопрос не столь очевиден и подлежит разрешению в зависимости от конкретных обстоятельств дела<sup>2</sup>. С одной стороны, формально критерий контроля прямо не соблюдается. С другой стороны, внутригрупповые корпоративные отношения могут быть выстроены таким образом, что возражения по данному основанию по сути являются лишь тактической уловкой стороны, отказывающейся раскрывать документы (в особенности это касается непубличных компаний, контролируемых в конечном итоге одним бенефициарным владельцем)<sup>3</sup>. Дочерняя (сестринская) компания, к которой адресован запрос, как минимум должна показать, что она вела себя добросовестно и в рамках собственной группы предприняла меры, направленные на получение запрошенного документа, но они не увенчались успехом.

Необходимо помнить, что компетенция третейского суда по кругу лиц ограничена лицами, заключившими арбитражное соглашение. Однако данное фундаментальное правило в настоящее время претерпевает эволюционные изменения, прежде всего в свете доктрины «снятия корпоративной вуали» (*piercing the corporate veil*).

В части процедуры получения доказательств национальные законодательства предоставляют третейским судам право при посред-

---

что такие суммирующие таблицы, а равно иные документы, аналогичные американским *interrogatories*, могут быть запрошены и на данной стадии, однако такое право следует специально предусмотреть.

<sup>1</sup> *Born G.V.* Op. cit. P. 2366.

<sup>2</sup> *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012. P. 864; *Gritsch A., Riegler St., Zollner A.* The Taking of Evidence // The Guide to M&A Arbitration / A.C. Kläsener (ed.). Law Business Research Ltd., 2018. P. 47.

<sup>3</sup> Бывают случаи, когда переговоры о покупке (продаже) активов ведутся менеджерами материнской компании, а под конец переговоров появляется иная компания из группы, которая выступает формальной стороной сделки. Апелляции такой стороны к критерию контроля в случае необходимости получения документов от материнской компании вряд ли по общему правилу стоит признать обоснованными.

ничестве государственных судов получать документы у лиц, не являющихся сторонами разбирательства<sup>1</sup>. В США<sup>2</sup> и Великобритании национальные суды окажут поддержку третейским судам с местом рассмотрения споров за их пределами. В то же время в Швейцарии, как и в большинстве других государств, местные суды откажут трибуналам, рассматривающим споры вне ее территории, в предоставлении такой помощи<sup>3</sup>.

Российский законодатель пошел по швейцарскому пути, закрепив в ст. 74.1 АПК РФ<sup>4</sup> право третейского суда, но только с местом арбитража на территории РФ (за исключением третейских судов *ad hoc*), обратиться в арбитражный суд с соответствующим запросом. В ст. 27 Закона о МКА и ст. 30 Федерального закона об арбитраже право обратиться с запросом в государственный суд предоставлено также стороне с согласия третейского суда. Упущением законодателя и несовершенством юридической техники стоит объяснять различия в правовом регулировании субъектного состава в перечисленных положениях федерального законодательства. В связи с этим правом на обращение в арбитражный суд стоит считать наделенной и сторону при наличии согласия третейского суда.

Вряд ли оправданно наделять сторону правом обращаться в государственный суд за содействием в получении доказательств, если такое поведение не санкционировано третейским судом. В противном случае (в отсутствие согласия третейского суда) государственный суд вторгается в его компетенцию. Также велик риск того, что рассмотрение соответствующего запроса может привести к задержкам в проведении третейского разбирательства. Тем не менее при наличии исключи-

---

<sup>1</sup> *Born G.B.* Op. cit. P. 2343.

<sup>2</sup> Удовлетворение запроса поставлено в зависимость от федерального округа, в суд которого будет обращаться третейский суд (см. подробнее: *Swerdloff N., Elul H., Baum A.* Arbitrators' Power to Sanction Non-Compliance in Discovery in International Commercial Arbitration // Legitimacy: Myths, Realities, Challenges (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 18) / A.J. van den Berg (ed.). 2015. P. 238–240; *Commission J., Molloo R.* Procedural Issues in International Investment Arbitration. Oxford University Press, 2018. P. 129–130).

<sup>3</sup> Такое правило воспринято в национальных законодательствах многих государств вслед за ст. 27 Типового закона. Правда, в данной статье прямо не говорится, что только государственные суды по месту нахождения третейского суда вправе рассмотреть соответствующий запрос, но считается, что авторы закона имели в виду такое ограничительное толкование. См.: *Born G.B.* Op. cit. P. 2420.

<sup>4</sup> В ст. 63.1 ГПК РФ предусмотрено практически идентичное регулирование.

тельных обстоятельств американские суды могут удовлетворить такой запрос стороны и без санкции трибунала<sup>1</sup>.

Встречаются случаи, когда документ может быть получен запрашивающей стороной, но действия, сопряженные с его получением, для нее необоснованно обременительны. С другой стороны, тот же аргумент может быть использован и стороной, у которой запрошен документ. В такой ситуации трибуналы руководствуются прежде всего принципами пропорциональности и справедливости<sup>2</sup>; безусловно, степень усмотрения третейского суда здесь достаточно высока.

## 5. Привилегии и юридические запреты

Другим нередко заявляемым возражением выступают юридический запрет или привилегия вследствие правовых или этических норм национального права: врачебная тайна, тайна переговоров о мирном урегулировании текущего спора, государственная (военная) тайна<sup>3</sup> и др. Но в первую очередь речь идет, конечно, об адвокатской тайне и ее вариациях.

Так, согласно подп. 5 п. 4 ст. 6, ст. 8 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и ст. 6, подп. 4 п. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката (принят Первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г.) адвокаты обязаны хранить (не разглашать) адвокатскую тайну, за исключением случая освобождения от данной обязанности доверителем.

Аналогичные положения содержатся в национальных законодательствах иных государств, однако все они имеют те или иные особенности. Так, в США коммуникации между внутренним юристом компании и иными сотрудниками компании, содержащие юридическую консультацию, охраняются законом наравне с консультацией, полученной от внешнего юриста.

В международном арбитраже участвуют лица, относящиеся к разным юрисдикциям; нередко их юристы — как внешние, так и внутрен-

---

<sup>1</sup> *Lew J.D.M.* 1. Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence // *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). P. 24.

<sup>2</sup> *Marghitola R.* Op. cit. P. 84.

<sup>3</sup> См. подробнее: *Commission J., Moolo R.* Op. cit. P. 123–125.

ние — подчиняются правовым режимам различных государств; подчас они осуществляют свою деятельность из офисов, расположенных не по месту нахождения их работодателя (доверителя). В таком случае возникает вопрос о том, каким правом регулируется режим охраны адвокатской тайны<sup>1</sup>.

Принципиальным в этой связи видится ответ на вопрос, является ли право на привилегию материальным или процессуальным<sup>2</sup>. Большинство исследователей сходятся во мнении, что оно имеет больше материально-правовых характеристик, нежели процессуальных<sup>3</sup>. Вследствие этого применение *lex arbitri* (права места арбитража) вряд ли оправданно<sup>4</sup>.

К регулированию режима привилегий и адвокатской тайны поэтому преимущественно применяется право государства, с которым наиболее тесно связано правоотношение, коим, как правило, признается право государства, в котором юрист вправе осуществлять свою деятельность<sup>5</sup>. Правила МАЮ также предлагают учитывать ожидания сторон и их консультантов на момент возникновения юридического запрета или привилегии, которые преимущественно указывают на право места деятельности юридического консультанта.

Однако установление третейским судом такого национально-го права как единственно применимого может нарушить принцип равенства сторон в международном арбитраже<sup>6</sup>. Предположим, что

<sup>1</sup> В отличие от Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам (Гаага, 18 марта 1970 г.) либо Принципов трансграничного гражданского процесса 2004 г., которые ограничиваются простым перечислением основных видов привилегий, современные Правила МАЮ предлагают варианты разрешения связанных с ними проблем.

<sup>2</sup> *El Ahdab J., Bouchenaki A.* Op. cit. P. 104.

<sup>3</sup> *Born G.B.* Op. cit. P. 2379; *Veeder V.V.* 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*) / Т. Giovannini, A. Mourre (eds.) (ICC Publication No. 698). P. 324–325.

<sup>4</sup> *Veeder V.V.* Op. cit. P. 325–326.

<sup>5</sup> В литературе рассматривается как минимум девять потенциальных вариантов определения применимого права (см.: *Niemelä H.* Legal Privilege in International Arbitration: Master’s Thesis. University of Helsinki, 2014. P. 16–18 (доступно в Интернете по адресу: <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/45284/Legal%20privilege%20in%20international%20arbitration%20NIEMELA.pdf?sequence=1>)).

<sup>6</sup> *Park W.W.* Arbitration of International Business Disputes. Oxford University Press, 2006. P. 60–62; *Niemelä H.* Op. cit. P. 25, 70–73

истец — компания из Техаса (США), возражающая против раскрытия переписки между своим внутренним юристом и финансовым директором<sup>1</sup>, а ответчик — компания из России, в отношении которой согласно законодательству РФ нет прямых запретов на раскрытие аналогичной переписки. Для разрешения данной проблемы в литературе и на практике альтернативно предлагается режим наибольшего благоприятствования, производный от принципа равенства и предполагающий, что в отношении всех сторон подлежит применению право государства, которое предоставляет наивысший стандарт защиты привилегии<sup>2</sup>. В указанном примере — это право штата Техас. Правда, возникает вопрос, насколько такой вариант оправдан с точки зрения ожиданий сторон (их консультантов) в соответствующий момент времени в прошлом<sup>3</sup>. Большинство трибуналов будет скорее склонно применить наивысший стандарт — и в первую очередь в свете проблемы *due process paranoia*<sup>4</sup>.

Следует также проверить, отказалась ли сторона от привилегии ранее посредством согласия, раскрытия в прошлом, сознательного использования запрошенного документа. В случае установления такого намеренного поведения трибунал вправе в порядке исключения обязать представить запрошенный документ. Впрочем, встречаются ситуации, когда в ходе крупномасштабного раскрытия юрист раскрывающей стороны допускает ошибку и по неосторожности выгружает документ, содержащий охраняемую законом адвокатскую тайну. Вряд ли такое непреднамеренное поведение, замеченное другой стороной арбитражного разбирательства, следует рассматривать как

---

<sup>1</sup> В отличие от редакции 1983 г., действующие Правила МАЮ прямо не исключают внутренние документы из периметра представления документов.

<sup>2</sup> В литературе также выделен режим наименьшего благоприятствования, но автору никогда не приходилось встречаться с ним на практике. Скорее это больше теоретическая концепция, несовместимая с ожиданиями сторон и их консультантов на момент возникновения юридического запрета или привилегии.

<sup>3</sup> *Shaughnessy P. Dealing with Privileges in International Commercial Arbitration // Scandinavian Studies in Law. Vol. 51: Procedural Law. Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2007. P. 466–467* (доступно в Интернете по адресу: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-21.pdf>); *Born G. Op. cit. P. 2386–2387.*

<sup>4</sup> Одним из ее аспектов является страх перед тем, что третейское решение не устоит при его оспаривании или приведении в исполнение вследствие нарушения фундаментальных основ правопорядка (публичного порядка) согласно ст. V(2)(b) Конвенции ООН о признании и приведении в исполнении иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.).

отказ (waiver), влекущий обязанность представить и иные подобные документы<sup>1</sup>.

Другим нередко встречающимся возражением является конфиденциальность информации, содержащейся в документе. Хотя заседания третейского суда проводятся преимущественно в закрытом режиме, в случае с инвестиционным арбитражем нередки случаи открытых слушаний. Кроме того, выигравшая сторона может обратиться за принудительным исполнением третейского решения в государственный суд, и вследствие этого оно может стать общедоступным. Данные риски оцениваются сторонами при раскрытии конфиденциальных документов, и в случае их представления трибуналу могут быть предложены специальные механизмы сохранения в тайне такого рода информации. В то же время раскрытие конфиденциальной информации может нанести непоправимый урон стороне в случае ее представления процессуальному оппоненту — конкуренту на том же товарном рынке. В такой ситуации трибуналом может быть предоставлено право изучить документ в определенном месте только юридическим представителям другой стороны без права делать копии.

В случае наличия сомнений у третейского суда и по согласованию со сторонами может быть назначен рефери (независимый и беспристрастный специалист в соответствующей области), который выскажет мнение о наличии признаков соответствующего исключения, дающего права не раскрывать документ<sup>2</sup>. Однако решение всегда остается за трибуналом<sup>3</sup>. Изучение самим третейским судом таких документов, в то время как запрашивающей стороне данная возможность не предоставлена, вряд ли оправданно<sup>4</sup>, поскольку получение не раскрытой другой стороне информации как минимум может подспудно повлиять на выводы трибунала в решении.

Во многих больших арбитражах стороны апеллируют к форс-мажорным обстоятельствам (пожару, затоплению и т.п.), а равно к правилам

---

<sup>1</sup> В рамках масштабного *e-disclosure* стороны порой заключают соглашения, позволяющие изъять у стороны документ, который был опрометчиво раскрыт другой стороной, в связи, например, с той же адвокатской тайной.

<sup>2</sup> *Marossi A.Z.* The Necessity for Discovery of Evidence in the Fact-Finding Process of International Tribunals // *Journal of International Arbitration*. 2009. Vol. 26. Issue 4. P. 526.

<sup>3</sup> *Гребельский А.В.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 90–92.

<sup>4</sup> Например, в Швеции следование такому порядку может потенциально привести к отмене третейского решения (см.: *Niemelä H.* Op. cit. P. 53).

хранения документов, в том числе сообщений электронной почты, как к основаниям непредумышленного уничтожения (утраты) документа. В части обстоятельств непреодолимой силы при наличии сомнений в правдивости такого рода объяснений запрашивающая сторона вправе потребовать представления более подробных объяснений и подтверждающих документов.

К правилам хранения документов относятся как локальные нормативные акты конкретной организации, так и нормативные правовые акты (законы и подзаконные акты), регламентирующие сроки хранения документов, периодической чистки ящиков электронной почты, удаления аккаунтов электронной почты выбывших сотрудников и т.п. В случае уничтожения документа в ситуации, когда арбитраж видится неизбежным, или в период разбирательства поведение стороны вряд ли можно признать добросовестным.

## **6. Негативные последствия уклонения от представления документов**

В случае уклонения стороны от представления документов могут последовать неблагоприятные последствия: трибунал вправе наложить штраф, сделать негативный вывод в решении и (или) распределить арбитражные расходы против уклоняющейся стороны. Помимо этого, с психологической точки зрения у арбитров могут зародиться сомнения в достоверности и иных представленных ею доказательств, что в конечном итоге может оказать негативное влияние на общую оценку позиции данной стороны разбирательства.

Наименее применяемой формой реагирования является штраф, поскольку он редко закреплен в национальных законах. Яркими примерами являются Бельгия<sup>1</sup> и Франция<sup>2</sup>: третейский суд специально уполномочен оштрафовать виновную сторону.

Трибунал вправе сделать вывод о том, что нераскрытый документ был бы неблагоприятен для интересов этой стороны (*adverse inference*). Например, займодавец предъявил иск к заемщику о взыскании задолженности и процентов из договора займа; заемщик оспаривает, что он подписал договор займа и получил по нему денежные средства. Займодавец уклоняется от представления оригинала договора для проведения

---

<sup>1</sup> *Born G.B.* Op. cit. P. 2390.

<sup>2</sup> *Rizzo Amaral G.* Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart // *Journal of International Arbitration*. 2018. Vol. 35. Issue 1. P. 7.

экспертизы подлинности подписи, одновременно в материалах дела отсутствуют доказательства реальности сделки, а равно исполнения заемщиком иных условий договора займа (выплаты ежемесячных процентов и т.п.). При таких обстоятельствах у третейского суда есть все основания прийти к выводу о том, что договор не подписывался заемщиком.

Негативный вывод трибунал сможет сделать по ходатайству другой стороны; при этом следует также параллельно предложить конкретное последствие непредставления документа с точки зрения доказывания. В доктрине по данному вопросу предлагается применять так называемый тест Шарпа, названный в честь его автора, американского юриста Джереми Шарпа (Jeremy Sharpe), который включает в себя пять элементов. Так, запрос стороны, требующей сделать негативный вывод, должен отвечать следующим требованиям: 1) такой стороной представлены все доказательства, подкрепляющие негативный вывод; 2) у другой стороны есть доступ к данным доказательствам; 3) негативный вывод должен быть обоснованным, не противоречить фактическим обстоятельствам дела и потенциально логически следовать из типа (природы) удерживаемого документа; 4) такой стороной представлены доказательства *prima facie*; 5) вероятностное знание уклоняющейся стороны о том, что на ней лежит обязанность представить доказательства, опровергающие негативный вывод<sup>1</sup>.

В литературе отмечается, что по своей сути неблагоприятные выводы не влекут перехода бремени доказывания на другую сторону и не снижают стандарт доказывания<sup>2</sup>. Трибуналу не следует злоупотреблять данным правом<sup>3</sup>, но и не стоит потворствовать недобросовестному поведению стороны<sup>4</sup>. При рассмотрении вопроса о неблагоприятном для такой стороны выводе необходимо всесторонне и полно оценить все доказательства по спору, аргументы сторон и принять сбалансированное решение<sup>5</sup>.

Сторона, уклонившаяся от представления документа, может быть присуждена к возмещению части арбитражных расходов, про-

<sup>1</sup> *Rizzo Amaral G.* Op. cit. P. 11–27; *Greenberg S.* Adverse Inferences in International Arbitral Practice // ICC International Court of Arbitration Bulletin. 2011. Vol. 22. No. 2. P. 49 (доступно в Интернете по адресу: <https://uba.ua/documents/presentation/Greenberg.pdf>).

<sup>2</sup> *Rizzo Amaral G.* Op. cit. P. 12.

<sup>3</sup> *Marossi A.Z.* Op. cit. P. 527.

<sup>4</sup> *Born G.B.* Op. cit. P. 2393.

<sup>5</sup> *Marossi A.Z.* Op. cit. P. 529.

порциональной, по мнению трибунала, такому недобросовестному поведению.

## 7. Заключение

Как и применительно к большинству вопросов, возникающих в арбитраже, решение в отношении представления документов как отдельной стадии зависит прежде всего от обстоятельств дела. Вряд ли обоснованно сразу и безоговорочно исключать данную стадию (в том числе и ограниченное *e-disclosure*), несмотря на то что это повлечет дополнительные трудозатраты и сопутствующие финансовые издержки. Соответственно, институциональные регламенты не должны заранее устанавливать одну из рассмотренных моделей представления доказательств как единственно правильную.

В проект процессуального приказа, рассылаемого для комментариев сторонам, можно включить несколько вариантов регулирования процесса доказывания, например, альтернативно предложив применять в качестве обязательных или рекомендательных Правила МАЮ либо Пражские правила. С учетом мнений и ожиданий сторон третейскому суду будет проще подойти к решению данного вопроса на самых ранних этапах арбитражного разбирательства. В случае взаимоисключающих позиций сторон следует использовать в качестве рекомендательных Правила МАЮ, поскольку заложенный в них подход к представлению доказательств является более гибким, а само регулирование данной стадии — более детальным и охватывающим более широкий круг вопросов, нежели иные известные автору аналоги. Нельзя исключать и вариант, при котором в первом процессуальном приказе будут воспроизведены нормы Правил МАЮ в части представления доказательств и нормы Пражских правил по остальным вопросам (свидетели, эксперты и др.), хотя такой сценарий маловероятен.