

9. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ШВЕДСКОМ АРБИТРАЖЕ

9.1. Общие положения о доказательствах

Под доказательствами понимаются сведения об обстоятельствах, на которые ссылаются стороны спора и которые имеют значение для разрешения спора. Такие обстоятельства, в зависимости от применимых процессуальных норм, могут подтверждаться самыми разными средствами, в том числе документами на бумажном и электронном носителях, вещественными доказательствами, аудио- и видеозаписями, показаниями свидетелей и экспертов, осмотром места, исследованием доказательств по месту их нахождения, а также иными доступными средствами.

Доказательства являются краеугольным камнем любого состязательного процесса, в котором результат разрешения спора полностью зависит от способности стороны убедить судью или арбитра в правоте своих утверждений. Роль доказательств особенно велика в международном арбитраже, где арбитры традиционно занимают пассивную, нейтральную позицию, предоставляя сторонам полную свободу действий в средствах и методах доказывания. Закон «Об арбитраже» в этом смысле не является исключением и исходит из общепринятого принципа: «Стороны обязаны представлять доказательства»¹. Иначе говоря, сторона обязана своими активными действиями, без указания на то арбитров, обеспечить последних достаточными доказательствами в подтверждение заявленных исковых требований либо для осуществления своей защиты. Считается, что активные действия арбитра по истребованию доказательств с целью установления истины нарушают принципы состязательности процесса и равенства сторон и могут послужить основанием для отмены арбитражного решения². Эта тема будет подробно исследована в разделе «Отмена арбитражного решения».

Открытым остается вопрос о том, может ли арбитр в своем решении опираться на обстоятельства, которые не были предъявлены сторонами в качестве доказательств, однако являются общеизвестными. В зависимости от спора круг таких обстоятельств может варьироваться. Речь может идти о каких-либо общеизвестных явлениях, событиях, фактах, процессах, закономерностях и прочих обстоятельствах. Вероятно, на этот вопрос следует ответить утвердительно, поскольку такие факты сами по себе не являются спорными, следовательно, рассматриваются не как обстоятельства, связанные с конкретным спором, а как часть общих или специальных знаний, которыми обладает арбитр. Например, в Процессуальном кодексе Швеции содержится норма, которая де-факто применяется

¹ Статья 25 (1) Закона «Об арбитраже».

² Svea hovrätt. Systembolaget AB v Vin & Sprit AB. № T 4548-08. 01.12.2009.

шведскими арбитрами и в международном арбитраже: «*Общеизвестные факты не требуют доказывания*»³. То же самое касается вопросов применимого материального и процессуального права, которые в ряде случаев не требуют доказывания сторонами в силу применения фундаментального правового принципа *jura novit curia* – суд знает закон.

9.2. Роль арбитров

Как правило, шведские арбитры в значительной степени воздерживаются от вопросов во время слушаний (вступительного и заключительного слова сторон, допроса свидетелей и экспертов сторон и т.д.). Чаще всего арбитр адресуется вопросы той или иной стороне лишь для уточнения деталей из уже представленных показаний или письменных доказательств. Таким образом арбитры полностью воздерживаются от какого-либо подобия «судебного следствия», направленного на выявление или исследование не заявленных сторонами доказательств (*sua sponte*). Аналогичную позицию занимают и шведские государственные судьи в отставке, которых все чаще можно увидеть председателями составов арбитражей по Регламенту ТПС, особенно по значимым делам, – они воздерживаются от активных действий по установлению истины⁴. Это объясняется шведской правовой традицией, которая после принятия Процессуального кодекса в 1948 г. вобрала в себя наиболее прогрессивные элементы систем общего и континентального права. Данная традиция оказала влияние и на арбитражный процесс (в том числе и по международным делам), в котором арбитрами выступают шведские юристы. В противоположность такому подходу арбитры из стран континентальной системы права, особенно судьи в отставке, чаще склонны к активному участию в поиске истины, или, иначе говоря, к «инквизиционному» подходу. Поэтому при назначении стороной арбитра следует принимать во внимание то, из какой правовой традиции арбитр происходит, и соотнести это с предполагаемой тактикой ведения дела. В одних случаях может оказаться предпочтительнее назначение арбитра, предоставляющего сторонам право самостоятельно решать, какие доказательства и в каких объемах следует предоставить, в других – назначить арбитра с более активной позицией в процессе.

В связи с отсутствием законодательного регулирования вопрос о роли арбитра в установлении истины был подробно исследован Апелляционным судом округа Свеа (Стокгольм)⁵.

³ Статья 2, глава 35, часть 3 Процессуального кодекса Швеции.

⁴ *Stefan Brocker*. The New IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration – from a cost-efficiency perspective. Conference note «The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence». Stockholm, 27 January 2011. P.2.

⁵ Svea hovrätt. P v LOT's Living AB. № T 1926-07. 25.08.2008.

Арбитр обязал продавца (физическое лицо), владевшего акциями в компании, которая была приобретена компанией LOT's Living AB, уплатить денежную сумму в связи с нарушением продавцом условий соглашения купли-продажи акций. Не согласившись с выводами арбитража, продавец обратился в государственный суд с ходатайством об отмене арбитражного решения на том основании, что арбитр не потребовал от продавца представить доказательства, подтверждающих обстоятельства, на которые ссылался продавец в своих заявлениях. Как было установлено судом, продавец лично представлял свои интересы в арбитраже, без участия юриста. При этом продавец проинформировал арбитра о наличии у него доказательств в подтверждение заявленной позиции и возможности предоставления арбитражу в случае необходимости ознакомления с ними. Несмотря на это, арбитраж не востребовал доказательства.

Исследовав спорные письменные доказательства, апелляционный суд пришел к выводу, что со значительной долей вероятности они могли бы повлиять на исход дела, будь они заявлены в споре. Несмотря на это, апелляционный суд вынес постановление об отказе в отмене решения арбитража, сославшись на то, что на арбитра не возлагается обязанности разъяснения средств и методов доказывания. Напротив, арбитр обязан сохранять нейтралитет и воздержаться от любых действий, которые могут быть расценены как нарушение принципа равенства сторон.

Описанное решение апелляционного суда в целом характеризует общепринятую международную практику невмешательства арбитра в процесс доказывания. Вместе с тем данное решение не может избежать критики хотя бы потому, что на арбитра возлагается более общая обязанность разъяснить сторонам необходимость доказывания всех тех обстоятельств, на которые они ссылаются. Арбитр обязан пояснить сторонам их право представлять письменные доказательства, вызывать и допрашивать свидетелей и экспертов, а также пользоваться иными доступными инструментами доказывания.

Возвращаясь к процессу доказывания, отметим, что, несмотря на наличие определенной регламентации доказывания в арбитраже, сам процесс гораздо менее формален, чем доказывание в государственном суде, что порой вызывает некоторое недоумение судебных юристов, привыкших к более высоким требованиям к получению и действительности доказательств, которые приняты в государственном судопроизводстве. Например, распространенной практикой в международном арбитраже является предоставление распечаток переписки по электронной почте без какой-либо дополнительной верификации. Необходимость удостоверения подлинности таких документов может возникнуть лишь в том случае, если другая сторона поставит их подлинность под сомнение. Что касается самих арбитров, то, принимая те или иные доказательства, они исходят из презумпции добросовестности сторон и, как правило, не требуют официального удостоверения подлинности документов.

Похожим образом решается вопрос достоверности устных показаний. По шведскому закону арбитры не вправе приводить к присяге свидетелей и могут рассчитывать

исключительно на их добросовестность: *«Арбитры не вправе приводить к присяге или опрашивать сторону под условием говорить правду»*⁶. Это обусловлено тем, что: а) арбитраж представляет собой частноправовой механизм разрешения споров, лишенный функции принуждения; б) свидетель не связан обязательствами по арбитражному соглашению и вправе отказаться от дачи свидетельских показаний в том или ином виде. Перед началом допроса свидетелей или экспертов арбитр информирует допрашиваемого о том, что он не приводится к присяге, а следовательно, к нему не могут быть применены меры ответственности за дачу ложных показаний. Вместе с тем арбитр обращает внимание допрашиваемого на то, что арбитраж рассчитывает на его добросовестность и честность, а также на достоверность предоставленных им сведений.

Таким образом, Закон не наделяет арбитров какими-либо функциями принуждения в отношении сторон по представлению доказательств, следовательно, арбитры не вправе по своей инициативе требовать у стороны предоставления каких-либо доказательств, соответственно они не вправе и *«налагать взыскания или использовать другие принудительные меры для получения доказательств»*⁷. У арбитров может возникнуть право требовать у стороны спора предоставить те или иные доказательства только в том случае, если это допустимо в рамках применимого арбитражного регламента или применимых правил истребования доказательств и только в том случае, если об этом ходатайствует другая сторона. Так, в ст. 26 (3) Регламента ТПС допускается, что *«по просьбе стороны состав арбитража может предписать другой стороне предъявить любые документы или иные доказательства, которые могут повлиять на исход дела»*⁸. Иначе говоря, сторонам спора предоставлена широчайшая автономия в определении вопросов процедуры, в том числе в части представления и истребования доказательств. Это открывает перед участниками арбитражного процесса возможность сформулировать процедуру предоставления и истребования доказательств самостоятельно либо сделать это с применением каких-либо существующих правил. Например, стороны могут договориться о том, что вопросы доказательств будут регулироваться Правилами Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже (далее – Правила МАЮ)⁹. В Преамбуле к Правилам МАЮ указано:

«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

⁶ Статья 25 (3) Закона «Об арбитраже».

⁷ Статья 25 (3) Закона «Об арбитраже».

⁸ Статья 26 (3) Регламента ТПС.

⁹ Правила Международной ассоциации юристов (МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже. Приняты решением Совета МАЮ 29 мая 2010 г.

процедур. Правила не предполагают ограничения гибкости, присущей международному арбитражу и являющейся его преимуществом; Стороны и составы арбитража могут адаптировать Правила применительно к конкретным обстоятельствам каждого арбитражного процесса».

Правила МАЮ получили широкое международное применение, полностью оправдав себя как систему, «нацеленную на обеспечение эффективного, экономичного и справедливого процесса получения доказательств в международных арбитражных разбирательствах, особенно между сторонами с различными правовыми традициями». В частности, Правила МАЮ нашли применение и в практике шведского арбитража, как институционального, так и *ad hoc*.

По причине конфиденциальности арбитражного процесса достаточно сложно объективно оценить распространение тех или иных инструментов в международном арбитраже. В какой-то степени для их оценки могут быть использованы: а) анализ решений государственных судов в рамках процедур содействия арбитражу по обеспечительным мерам, истребованию доказательств, оспаривания арбитражных решений, а также признания и приведения в исполнение арбитражных решений и б) опросы пользователей арбитража (компаний, юристов и арбитров) о сложившейся практике и предпочтениях в арбитраже.

В частности, согласно некоторым эмпирическим исследованиям в 60% международных арбитражных разбирательств стороны подчиняют связанные с доказательствами вопросы действию Правил МАЮ. Более того, в 53% случаев стороны договариваются о том, что Правила МАЮ носят рекомендательный характер, а в 7% случаев устанавливают обязательную силу Правил МАЮ¹⁰.

Анализ существующей судебной практики позволяет сформировать представление об обращении государственных судов к нормам Правил МАЮ. Например, в деле между *Euroflon Tekniska Produkter AB u Flexiboys i Motala AB* Верховный суд Швеции исследовал вопрос допустимости обращения к Правилам МАЮ как к источнику права. Суд решил, что арбитраж правомерно применил Правила МАЮ, которые содержат общепринятые стандарты оценки относительности доказательств¹¹. Правила МАЮ получили достаточно широкое распространение в шведском арбитраже, несомненно, их роль в международном арбитраже будет постоянно возрастать.

¹⁰ The 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process. The School of International Arbitration at Queen Mary, University of London. P. 11.

¹¹ Högsta domstolen. Euroflon Tekniska Produkter AB v Flexiboys i Motala AB. № Ö 1590-11. 10.05.2012.

9.3. Относимость доказательств

По ряду причин принцип относимости доказательств занимает особое место в арбитраже¹². Когда речь идет о преимуществах рассмотрения споров в арбитраже, помимо других часто отмечаются такие его безусловно положительные стороны, как сжатые сроки рассмотрения споров и контролируемые издержки, что должно делать арбитраж достаточно эффективным методом разрешения споров. Представление и исследование лишь тех доказательств, которые имеют непосредственное отношение к спору, во многом способствует достижению желаемой цели – быстрому и качественному арбитражному процессу. Такой позиции придерживается и Закон Швеции «Об арбитраже», который допускает, что

«Арбитры вправе отказать в принятии доказательств от сторон, когда очевидно, что такие доказательства не относятся к спору, либо такой отказ является оправданным с учетом времени представления доказательств»¹³.

Аналогичная норма содержится и в ст. 26 (1) Регламента ТПС:

«Допустимость, относимость, значимость и вес доказательства определяются составом арбитража»¹⁴.

Таким образом, арбитр отказывает стороне в возможности представить новые доказательства в ситуации, когда они совершенно не имеют отношения к спору либо когда направление новых доказательств влечет затягивание процесса. Очень важно отметить традиционную разницу в подходах юристов из стран континентального и общего права. У юристов из стран континентальной (романо-германской) системы превалирует подход, когда вместе с исковым заявлением или отзывом на него подается также и полный пакет доказательственных документов, на которые ссылается сторона. Напротив, юристы из стран с системой общего права чаще изначально ограничиваются общим описанием фактов и правовой позиции с намерением развернуть доказательственную базу уже в процессе рассмотрения дела составом арбитража либо посредством процедуры *document discovery*, о которой будет отдельно сказано в разделе «Письменные доказательства». Каждый из подходов можно критиковать или разделять, однако при разрешении международных споров такие различия ставят под угрозу целостность процесса и соблюдение принципа процессуального равенства сторон. Отчасти по этой причине применение международных унифицированных правил о доказательствах делает процесс представления и исследования доказательств в арбитраже более прагматичным и предсказуемым.

¹² Marie Öhrström. Commentary to the SCC Rules. Institutional Arbitration – Article-by-Article Commentary. 2013. P. 839.

¹³ Статья 25 (2) Закона «Об арбитраже».

¹⁴ Статья 26 (1) Регламента ТПС.

Например, в ст. 9 Правил МАЮ детально очерчен круг общепринятых оснований, по которым арбитр вправе отказать в принятии доказательств:

- «(a) отсутствие достаточной относимости к рассматриваемому делу или существенности для его разрешения;*
- (b) юридический запрет или привилегии в силу правовых или этических норм, которые Состав арбитража сочтет применимыми;*
- (c) чрезмерная обременительность предоставления запрашиваемого доказательства;*
- (d) представлено достаточно информации для того, чтобы с разумной долей вероятности предположить, что Документ был утрачен или уничтожен;*
- (e) основания коммерческой или технической конфиденциальности, которые Состав арбитража сочтет превалирующими;*
- (f) факторы особого политического или институционального значения (включая доказательства, классифицируемые как государственная тайна или тайна международной организации), которые Состав арбитража сочтет превалирующими;*
или
- (g) соображения процессуальной экономии, пропорциональности, справедливости и равенства Сторон, которыми Состав арбитража сочтет необходимым руководствоваться»¹⁵.*

Статья 26 (2) Регламента ТПС следует тому же принципу, что и ст. 9 Правил МАЮ, однако без конкретизации оснований, предоставляя арбитрам возможность усмотрения в зависимости от конкретных обстоятельств дела и ходатайств сторон:

«Состав арбитража может обязать стороны указать письменные доказательства, на которые сторона намерена сослаться, и пояснить, в подтверждение каких обстоятельств такие доказательства представляются»¹⁶.

Данная норма позволяет арбитрам разграничить относимые доказательства и неотносимые, тем самым создает условия для сокращения процессуальных сроков и издержек сторон. Из указанной статьи следует, что действия по определению относимости доказательств осуществляются арбитрами в два этапа. Сначала арбитры предварительно оценивают саму возможность представления стороной тех или иных доказательств арбитражу, далее, уже после раскрытия стороной доказательств, арбитры дают им индивидуальную оценку на предмет относимости к спору. На практике же арбитры обычно не препятствуют праву сторон представить любые доказательства, после чего подвергают оценке каждый из представленных документов¹⁷.

Несмотря на закрепленное право арбитража отказать в принятии тех или иных доказательств, на практике данное правило не всегда реализуемо. Например, стороны и арбитраж договорились о процедуре последовательного обмена заявлениями и

¹⁵ Статья 9 Правил МАЮ.

¹⁶ Статья 26 (2) Регламента ТПС.

¹⁷ *George M. von Mehren, Claudia T. Salomon. Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide // Journal of International Arbitration. 20(3), 2003. P. 285.*

доказательствами, определили дату, после которой стороны обязаны воздержаться от направления каких-либо дополнительных материалов. В нарушение этой договоренности за несколько дней до слушаний одна из сторон направила арбитрам по электронной почте новые материалы. Следует ли арбитрам принимать во внимание и давать оценку таким письменным доказательствам? В данном случае должен быть соблюден процессуальный баланс, где, с одной стороны, тяжущимся должна быть предоставлена возможность в полной мере представить свои аргументы по делу, с другой стороны, арбитры обязаны сохранить динамику процесса и приложить усилия к тому, чтобы завершить процесс в отведенные сроки.

9.4. Сроки представления доказательств

Поскольку стороны обязаны представить доказательства, на которые они ссылаются, письменные доказательства направляются одновременно с письменными заявлениями сторон (*statement of claim, statement of defense*). Необходимо отметить, что если единоличным арбитром или председателем состава арбитража назначен шведский арбитр, то следует ожидать, что он дополнительно предложит сторонам подготовить и направить перечень доказательств, на которые они ссылаются (*statement of evidence*). В такой перечень вносятся все письменные доказательства, показания свидетелей и экспертов сторон, а также то, что стороны намереваются доказать каждым из перечисленных доказательств. Перечни доказательств подаются в арбитраж незадолго до слушаний. Формально данный этап закрывает окно для предоставления каких-либо новых доказательств. В исключительных случаях арбитры вправе вновь открыть возможность предоставить дополнительные доказательства в рамках ст. 34 Регламента ТПС, которая устанавливает следующее правило:

«Состав арбитража объявляет о завершении представления позиций сторонами, когда сочтет, что сторонам была предоставлена разумная возможность для изложения своей позиции. В исключительных случаях состав арбитража может до вынесения окончательного арбитражного решения возобновить процедуру обмена заявлений сторонами как по собственной инициативе, так и по просьбе стороны»¹⁸.

Вместе с тем Регламент ТПС не раскрывает в достаточной мере то, какие обстоятельства можно отнести к «исключительным случаям» и возможно ли направление дополнительных доказательств после завершения слушаний. Считается, что исключительностью обладают такие обстоятельства, которые определенно могут повлиять на исход дела. Ответ на этот вопрос можно найти в судебной практике апелляционного суда. Компания обратилась в суд

¹⁸ Статья 34 Регламента ТПС.

с заявлением об отмене решения арбитража. Заявитель указал, что арбитраж отказал ему в подаче дополнительных доказательств после того, как были завершены слушания по делу, тем самым, по мнению заявителя, арбитраж нарушил право стороны на полноценное представление своей позиции по делу. Суд исследовал обстоятельства дела и пришел к выводу, что заявитель не доказал, что новые доказательства смогли бы принципиально повлиять на решение арбитража. Заявление об отмене решения арбитража было оставлено без удовлетворения.

Решение апелляционного суда следует интерпретировать таким образом, что новые доказательства могут быть заявлены после завершения слушаний лишь в исключительных случаях, когда это может существенным образом повлиять на исход дела. Представляется, что в такой ситуации арбитр обязан предоставить другой стороне возможность ознакомиться с новыми доказательствами и ответить на них. Для осуществления этой процедуры арбитр, вероятнее всего, предложит сторонам направить письменные пояснения в связи с такими доказательствами либо назначит дополнительные слушания. В реальности велика вероятность того, что арбитр откажет стороне в представлении новых доказательств во время или после окончания слушаний¹⁹.

9.5. Бремя доказывания

Базовым принципом доказывания является обязанность стороны доказать обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений. Объем и содержание подлежащих доказыванию обстоятельств индивидуальны в каждом конкретном случае и зависят от спорного правоотношения. В шведском праве данный вопрос законодательно не урегулирован, но в практике международных арбитражей бремя доказывания традиционно лежит на стороне, ссылающейся на те или иные обстоятельства²⁰. Однако существуют и некоторые исключения, когда бремя доказывания переносится на другую сторону, в частности, в связи с неисполнением такой стороной обязательств по раскрытию документов²¹.

В шведском процессуальном законодательстве по гражданским делам доказанным считается утверждение, достоверность которого «показана» (*styrkt*) стороной в той мере, которая позволяет с большей долей вероятности считать это утверждение верным, нежели

¹⁹ См.: *Хобер К.* Место арбитража: Стокгольм. Некоторые процессуально-практические аспекты / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова. МКАС при ТПП РФ. М., 2007. С. 505.

²⁰ См. там же. С. 516.

²¹ *Johann von Pachelbel. Robin Oldenstam. Sweden / Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration.* Edited by Frank-Bernd Weigand. Oxford, 2009. Para 11.119.

наоборот²², другими словами, когда нет абсолютной гарантии верности того или иного утверждения, однако чаша весов внутреннего усмотрения арбитра склоняется в пользу его достоверности. При вынесении обеспечительных мер требование к доказанности снижается до уровня «вероятности» наступления негативных последствий (*sannolika skäl*). В уголовных делах требования к доказанности гораздо выше, на сторону возлагается обязанность доказать, что утверждение верно только в том случае, если оно полностью перекрывает имеющиеся контраргументы. Несмотря на тот факт, что арбитраж не подчиняется нормам гражданского процессуального права, шведские арбитры *de facto* придерживаются указанных стандартов доказывания и в арбитражном процессе²³.

Доказывание осуществляется сторонами с использованием доступных средств, в том числе письменных доказательств, письменных и устных показаний свидетелей и экспертов, демонстрационных материалов и других допустимых средств. Рассмотрим перечисленные инструменты доказывания несколько подробнее.

9.6. Письменные доказательства

К письменным доказательствам относятся имеющие отношение к спору обстоятельства, зафиксированные в виде записей, графических изображений, схем, чертежей на физических или электронных носителях. К письменным доказательствам относятся договоры, справки, разного рода корреспонденция, планы, графики, расписания, тексты, решения арбитражей и судов, иные судебные постановления, протоколы и другие документы. Стороны самостоятельно определяют круг письменных доказательств, подлежащих раскрытию в арбитраже в подтверждение заявленной ими позиции. Как отмечалось выше, арбитраж исследует лишь представленные ему сторонами доказательства и вправе обязать одну из сторон предоставить дополнительные доказательства только по ходатайству другой стороны спора.

Письменные доказательства, пожалуй, являются самым распространенным видом доказательств и важнейшим по доказательственному весу и значимости, поскольку именно письменная форма позволяет с достаточной степенью достоверности подтвердить или опровергнуть верность обстоятельств, на которые ссылаются стороны спора.

Анализ хронологии арбитражной процедуры показывает, что юридические представители истца и ответчика весьма ограничены временными рамками, часто испытывая серьезный дефицит времени. Это особенно заметно: а) в арбитражах,

²² Tommy Pettersson, Stefan Pervan Lindeborg, Malin Persson Giolito. Sweden National Report: Damages in competition matters. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/sweden_en.pdf

²³ Johann von Pachelbel, Robin Oldenstam. Sweden / Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration. Edited by Frank-Bernd Weigand. Oxford, 2009. Para 11.128.

проводимых по ускоренной процедуре, например по Правилам ускоренной процедуры ТПС; б) в спорах со значительным объемом документов, подлежащих исследованию, например в спорах из договоров строительного подряда и в) в спорах с большим числом привлекаемых свидетелей и экспертов. Поэтому доступность связанных со спором документов юридическому представителю стороны имеет чрезвычайную важность. Понятно, что в силу ряда объективных причин какие-то документы могут быть утрачены стороной. Тем не менее следует настоятельно рекомендовать потенциальной тяжущейся стороне сохранять все проектные документы, начиная с самого первого письма по электронной почте, тендерной заявки или протокола предварительной встречи по проекту и заканчивая претензионными документами по спору. Дисциплинированность стороны в организации проектных документов на протяжении всего проекта всегда способствует формированию взвешенной и хорошо подготовленной позиции в арбитраже. Фактически не бывает ненужных документов, поскольку даже маловажное письмо или заметка от руки на полях протокола того или иного собрания может стать недостающим звеном в выстраивании позиции, например быть использована для выяснения намерений сторон и толкования неясных положений договора.

Ранее отмечалось, что стороны обязаны предоставить свои заявления по делу в количестве копий по числу арбитров и сторон в споре. Аналогичное правило относится и к письменным доказательствам, письменным свидетельским и экспертным показаниям, которые направляются всем участникам процесса одновременно и в полном объеме. Отдельно отметим, что в Секретариат Арбитражного института ТПС материалы с доказательствами не направляются.

9.6.1. Форма и язык письменных доказательств

В законодательстве Швеции и арбитражных регламентах ТПС отсутствуют какие-либо ограничения или требования к письменным доказательствам в арбитраже, кроме тех, что они должны иметь отношение к спору и быть достоверными. Арбитры сами разрешают вопрос о порядке и форме представления письменных доказательств. Чаще всего требования к форме заявлений и доказательств, а также способу и срокам пересылки материалов утверждаются в первом процессуальном постановлении (*procedural order*), которое выносится арбитрами на самой ранней стадии. Поскольку сторона обязана представить доказательства в подтверждение своих требований, как правило, письменные доказательства прикладываются к заявлениям тяжущихся сторон: исковому заявлению и отзыву на исковое заявление. В ст. 24 Регламента ТПС содержится положение о том, что истец и ответчик обязаны указать в своих заявлениях документы: а) на которые делаются

ссылки в исковом заявлении и б) на которых ответчик основывает свою позицию в отзыве на исковое заявление. Состав арбитража может обязать стороны представить дополнительные письменные объяснения. В шведской практике арбитры придерживаются двухэтапной модели обмена состязательными бумагами. На первом этапе подаются исковое заявление и отзыв на него, на втором этапе – ответ на отзыв на исковое заявление истцом и ответ на ответ ответчиком.

Направляя в арбитраж исковое заявление, истец также формирует отдельную папку с пронумерованными письменными доказательствами. В тексте искового заявления указываются ссылки на номера документов, подтверждающих те или иные заявления и требования стороны. Доказательственным документам истца присваиваются номера с литерой «С», от слова *claimant* (истец) – С1, С2, С3 ... С23 и т.д. Соответственно документы ответчика маркируются буквой «R», от слова *respondent* (ответчик) – R1, R2, R3 ... R14 и т.д. Идентификация документов играет очень важную роль, поскольку именно на них стороны будут ссылаться в своих последующих письменных заявлениях, а также во время слушаний. Помимо этого если ведется протоколирование слушаний, то с помощью транскрипта (протокола) можно будет без труда восстановить хронологию и содержание прений сторон, а также найти необходимые документы, на которые ссылались стороны.

На втором этапе обмена письменными заявлениями, когда подаются ответ на отзыв на исковое заявление истцом, а затем и ответное заявление ответчиком, в случае, если сторона ссылается на новые письменные доказательства, они также формируются в отдельную папку и последовательно нумеруются, начиная с номера, следующего за номером последнего документа, приложенного к исковому заявлению или отзыву на него – С24, С25, С26 и соответственно R15, R16, R17 и т.д.

Папка с приложениями (письменными доказательствами) содержит ссылку на номер дела и наименования сторон, в содержании папки указываются названия содержащихся в ней документов, их дата и приводится краткое описание приложенных документов, например:

«Exhibit C8. The Minutes of the Meeting of the Board of Directors of OAO Ave. 22 October 2012.

The Board's decision on the acquisition of majority shares in Life Ltd and the approval of the payment terms».

В практике Арбитражного института ТПС широко используется формат А5, с печатью текста на обеих сторонах листа. Папки проклеиваются или скрепляются пружиной. В ряде случаев формат А5 может оказаться непригодным для корректного отображения текста (например, мелкого сканированного или неразборчивого текста) или рисунков, чертежей и

схем. В таких ситуациях сторона спора подает неформатные документы в том виде, который позволяет полноценно работать с ними, тем самым частично отступая от установлений арбитража в отношении формы представления доказательств. Обычно арбитры заблаговременно уведомляются стороной об отступлении установленного формата подачи письменных доказательств. В конечном итоге суть требований к форме заключается в формировании единообразия в материалах дела для удобства использования сторонами и арбитражем. Нарушение таких требований не влечет каких-либо последствий для сторон.

В комплексных делах с большим объемом проектных документов, связанных со спором, становится обычной практика направления сканированных копий документов, собранных в электронные базы данных, записанные на различные носители информации, такие как CD-ROM, USB и др. Систематизация документов в электронном виде, несомненно, облегчает работу с большим массивом материалов, объем которых постоянно растет в геометрической прогрессии вместе с ростом сложности и комплексности арбитражных споров. Поскольку процедура подачи электронных документов не урегулирована Регламентом ТПС, арбитраж, по согласованию со сторонами, отдельно устанавливает требования к форме и методу представления таких документов.

Нередко для подготовки документов сторонами привлекаются технические работники (*paralegals, document reviewers, copiers*), а также используются специальные компьютерные программы и базы данных, позволяющие упорядочить базу доказательственных документов стороны. Следует отметить, что систематизация большого объема документов, а также вовлечение нескольких лиц в работу с материалами увеличивает риски, связанные с сохранением конфиденциальности. Нередко в юридических фирмах задействован целый штат технических сотрудников, что улучшает качество сбора и обобщения материалов и уменьшает риски раскрытия конфиденциальной информации.

В Законе «Об арбитраже», как, впрочем, и в регламентах ТПС, отсутствуют нормы о необходимости представления арбитражу оригиналов или каким-либо образом заверенных копий письменных доказательств. В этом заключается существенное отличие от более формального процесса в государственных судах. Это, однако, не препятствует реализации права арбитража запрашивать для ознакомления подлинники документов или надлежащим образом заверенные копии, если имеются какие-либо сомнения в подлинности или аутентичности обычных копий.

Стороны и арбитры могут условиться о языке письменных доказательств. Обычной практикой является решение вопроса о языке уже в первом процессуальном постановлении арбитража:

«Состав арбитража может потребовать, чтобы все подаваемые в ходе разбирательства документы на языке (языках), ином, чем язык арбитража, были переведены на такой язык (языки)»²⁴.

Чаще всего письменные доказательства на языке оригинала сопровождаются переводом на язык арбитража. На переводе, как правило, указывается статус перевода (например, официальный перевод, неофициальный офисный перевод либо сделанный квалифицированным переводчиком, при этом обычно указываются имя и место работы переводчика). В отличие от государственного судопроизводства в арбитраже не требуется какого-либо официального заверения перевода, за исключением случаев, в которых арбитр или оппонирующая сторона на этом настаивают. В конечном итоге бремя доказывания неточности перевода лежит на стороне, заявившей об этом. Для доказывания сторона обязана представить альтернативную версию перевода. Ранее отмечалось, что на этапе назначения арбитров во внимание также принимается их владение языком, на котором предположительно составлены все или часть документов, относящихся к предмету спора. Это позволяет применить упрощенные стандарты к верификации переводов документов, поскольку арбитры в состоянии исследовать их на языке оригинала.

9.6.2. Раскрытие документов стороной

Вопрос о том, какие требования будут заявлены и какие доказательства в подтверждение этих требований будут представлены на исследование арбитража, разрешается сторонами самостоятельно. Очевидно, что практически в любом деле существуют обстоятельства, которые способны усилить позицию стороны, и такие обстоятельства, которые эту позицию могут ослабить. Закономерным следствием этого является стремление сторон сделать акцент на одних обстоятельствах и по возможности вообще не вовлекать в процесс другие. Между тем в такой стратегии кроется серьезная опасность, и в первую очередь потому, что другая сторона вправе потребовать у арбитража обязать сторону раскрыть те или иные непредставленные документы. Данная концепция получила название *«discovery»*.

Концепция *«discovery»* происходит из стран системы общего права и сводится к тому, что одна сторона может ходатайствовать перед составом арбитража обязать другую сторону предоставить (раскрыть) документы, которые могут повлиять на исход спора. В работе международных арбитражей все чаще встречаются случаи, когда стороны требуют раскрытия документов, что, безусловно, затягивает и удорожает процесс. В связи с

²⁴ Статья 21 (2) Регламента ТПС.

распространением «*discovery*» в международных коммерческих спорах все чаще звучат мнения о том, что арбитраж превращается в некое подобие государственного суда и отходит от модели быстрого разрешения споров. Данное обстоятельство, без всяких сомнений, подрывает образ арбитража как либеральной и эффективной модели разрешения внешнеэкономических споров.

С развитием компьютерных технологий появилась возможность реализации процедуры «*discovery*» в электронном виде, это получило название «*e-discovery*». Данный инструмент удобен тем, что при незначительных затратах можно оперативно организовать раскрытие большого объема документов. Раскрывающая сторона делает подборку запрошенных документов и размещает их на сервере в закрытом доступе. Запрашивающая сторона и состав арбитража получают доступ к месту хранения документов для ознакомления с их содержанием. В настоящее время на юридическом рынке работает множество компаний, предоставляющих услуги по организации «*e-discovery*»: сканирование и систематизация документов, предоставление серверного пространства для размещения и доступа к документам, безопасность сетей и прочие сопутствующие услуги.

Концепция «*discovery*» известна шведским судам и арбитрам, хотя применяется в значительно более усеченном виде, чем в судах стран общего права. В Процессуальном кодексе Швеции, например, устанавливается, что сторона спора или любое третье лицо, обладающее документом, имеющим значение для разрешения спора, обязано предоставить его по запросу суда²⁵. Раскрывающей стороне предоставляется возможность представить суду свои аргументы против такого раскрытия, например, когда документы имеют конфиденциальный характер и защищены законом от раскрытия (вопросы национальной безопасности, взаимоотношения между адвокатом и клиентом, информация о содержании объектов интеллектуальной собственности и т.д.). В роли регулирующего нормативного акта выступает Закон Швеции «О конфиденциальной информации»²⁶. Однако, если судом все же будет принято решение о раскрытии, отказ лица от предоставления документов влечет наложение судом штрафа. Требование о раскрытии истребуется стороной через государственный суд и должно содержать указание на конкретный документ и его значение для дела.

Похожий механизм содержится в ст. 26 (3) Регламента ТПС, который, однако, не ограничивает стороны в том, чтобы договориться о проведении полноценной процедуры «*discovery*» без каких-либо изъятий или ограничений. Если у стороны есть основания полагать, что другая сторона обладает конкретными документами, имеющими значение для

²⁵ Статья 2, гл. 38, ч. 3 Процессуального кодекса Швеции.

²⁶ Закон Швеции «О конфиденциальной информации» 1980. Sekretesslagen. SFS 1980:100.

разрешения спора, то по ее просьбе состав арбитража может предписать другой стороне предъявить такие документы²⁷. С этой целью арбитраж выносит процессуальное постановление, в котором устанавливает перечень документов, подлежащих раскрытию. Если раскрывающая сторона возражает против предоставления тех или иных документов, она вправе заявить мотивированное возражение. Процессуальные постановления хоть и обязательны для сторон спора, однако в силу отсутствия у арбитража функции принуждения не могут быть исполнены против воли раскрывающей стороны. Тем не менее неисполнение процессуального постановления арбитража может повлечь некоторые негативные последствия для нарушающей стороны.

Во-первых, арбитры могут усмотреть в отказе раскрыть тот или иной документ намерение стороны скрыть обстоятельства, подтверждающие позицию оппонента. Это не будет иметь силу прямого доказательства, однако может оказаться вполне достаточным для формирования внутреннего убеждения арбитра по определенному вопросу (*negative inference*). Об этом же говорит и ст. 30 Регламента ТПС, согласно которой

«если сторона без уважительных причин не выполняет какое-либо положение или требование, установленное настоящим Регламентом или любым процессуальным постановлением состава арбитража, последний может сделать выводы, которые он считает надлежащими в такой ситуации»²⁸.

Во-вторых, раскрывающую сторону все же можно принудить предоставить документы посредством обращения в государственный суд. Так, ст. 26 Закона «Об арбитраже» обеспечивает арбитров судебным содействием по вопросам истребования доказательств. Если сторона ходатайствует об истребовании в качестве доказательства документа или предмета у другой стороны, то после получения согласия арбитров она вправе обратиться в Округной суд с соответствующим ходатайством, который рассмотрит его в рамках норм процессуального законодательства²⁹. На решение суда может быть подана апелляция в апелляционный суд соответствующего округа, а далее, в случае прецедентной значимости вопроса, – в Верховный суд Швеции.

Примечательно, что шведский суд вправе также обязать и третьи лица, не являющиеся стороной арбитража, предоставить доказательства, имеющие значение для разрешения спора между другими сторонами. Условиями для вынесения судебного постановления являются: а) мнение арбитража о значимости таких документов для разрешения спора; б) разрешение арбитража на обращение в суд; в) неразглашение арбитражем полученной

²⁷ Статья 26 (3) Регламента ТПС.

²⁸ Статья 30 Регламента ТПС.

²⁹ Статья 26 Закона «Об арбитраже».

информации третьим лицам. Именно такое решение было вынесено Верховным судом Швеции в споре *Euroflon Tekniska Produkter AB v Flexiboys i Motala AB*:

Euroflon Tekniska Produkter AB (Euroflon) подала иск к г-ну Андерссену в арбитраж с требованием уплаты 1,5 млн шведских крон в качестве ущерб, нанесенного нарушением обязательства о неконкуренции. С целью доказать факт нарушения компания Euroflon, с одобрения арбитража, обратилась в государственный суд с просьбой обязать компанию Flexiboys i Motala AB, находящуюся в единоличной собственности г-на Андерссена, предоставить арбитражу копии некоторых инвойсов.

Окружной суд удовлетворил требование Euroflon, однако Апелляционный суд округа Гёта не нашел оснований для раскрытия такой информации третьим лицом, руководствуясь тем, что запрошенные документы не имеют необходимого доказательственного веса для разрешения спора.

Верховный суд рассудил иначе, заключив, что это исключительное право арбитража разрешать вопросы об относимости и доказательственной значимости тех или иных документов, сославшись, помимо прочего, на положения ст. 3 Правил МАЮ. Суды не полномочны пересматривать выводы арбитража по данному вопросу и удовлетворяются соблюдением формальных требований для обращения в государственный суд, таких как соблюдение норм о подсудности, достаточности информации для идентификации истребуемых документов, а также соблюдение прав на неприкосновенность коммерческих секретов, принадлежащих стороне, у которой такие документы истребуются.

Суд также обратил внимание нижестоящих судов на то, что если арбитраж отклоняет просьбу стороны об обращении в суд для принудительного истребования доказательств, то такая сторона теряет право обращения в суд по данному вопросу.

Что касается истребования документов у третьей стороны, то суд принял во внимание наличие тесной связи между Андерссеном и компанией Flexiboys i Motala AB и удовлетворил ходатайство компании Euroflon о раскрытии информации³⁰.

Раскрытие большого объема документов всегда сопряжено с увеличением процессуальных сроков, поэтому нередко высказываются опасения о том, что «*discovery*» предоставляет недобросовестным сторонам возможность злоупотребить правом. Озабоченность вызывают и те случаи, когда сторона делает запрос по весьма широкому кругу документов в надежде отыскать документы, представляющие ценность для подтверждения своей позиции, либо получить доступ к объектам интеллектуальной собственности или коммерческим секретам. В юридической практике такие действия получили название «*fishing expedition*», по аналогии с ловлей рыбы в мутной воде. Для минимизации риска злоупотреблений при применении процедуры раскрытия документов арбитр исходит из относимости запрашиваемых документов к делу и просит запрашивающую сторону конкретизировать название, дату и содержание документов, которые она намеревается получить. В силу того что арбитражные регламенты не содержат детальных правил раскрытия информации, в международном арбитраже, в частности в

³⁰ Högsta domstolen. Euroflon Tekniska Produkter AB v Flexiboys i Motala AB. № Ö 1590-11. 10.05.2012.

шведском, широкое распространение получили уже отмеченные Правила МАЮ, ст. 3 (3) которых предъявляет следующие требования к ходатайству о предоставлении документов:

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

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

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

Правила МАЮ отражают общепринятый, взвешенный подход арбитражей к раскрытию документов. Обязанность стороны указать конкретные документы и объяснить арбитражу их относимость и ценность для рассматриваемого спора позволяет избежать возможных злоупотреблений, создает условия для соблюдения баланса интересов и обеспечения процессуального равенства сторон. Важно, что даже в тех спорах, в которых раскрытие доказательств не подчинено Правилам МАЮ, вероятность *de facto* применения шведскими арбитрами аналогичных стандартов к раскрытию документов очень велика.

9.6.3. Демонстрационные материалы

Демонстрационные материалы, хотя и не относятся напрямую к обстоятельствам спора, формируются стороной специально для арбитража с целью наглядно показать и пояснить те или иные события, обстоятельства, объекты, процессы и иные, нередко технические, аспекты спора. К демонстрационным материалам можно отнести модели, образцы, графики, диаграммы, фото-, видео- и аудиопрезентации, основная цель которых – визуализировать отдельные специфические моменты.

По большому счету можно говорить о том, что демонстрационные материалы вообще не являются самостоятельными доказательствами, а всего лишь способом систематизации, обобщения и подачи доказательств в удобной для восприятия форме, позволяющей арбитрам разобраться в содержании и ценности представленных доказательств. Например, трехмерное анимационное моделирование процесса строительства автосборочного производства позволяет арбитру получить представление о последовательности

проведения строительных и монтажных работ, продолжительности отдельных этапов и циклов, а также логистической модели и графика проекта. Соответственно, объяснив арбитру технологическую матрицу, стороне становится гораздо проще наполнить ее фактологическим содержанием, а затем уже подвести под нее и правовую платформу.

Роль демонстрационных материалов существенно возрастает в спорах с большим объемом специализированной документации: научной, технической, медицинской, статистической и т.д. Для того чтобы арбитр смог ее воспринять, необходимо ознакомить его не только с фактами, но и со специальным отраслевым инструментарием.

9.7. Свидетельские показания

Свидетелями являются физические лица, которым известны определенные обстоятельства, имеющие значение для разрешения спора. Свидетель может быть носителем информации, ставшей известной в силу непосредственного участия в спорном правоотношении либо опосредованно, из какого-либо иного источника. Во втором случае свидетелю следует раскрыть первоисточник информации. Свидетелем может выступать любое лицо, будь то бывший или действующий работник стороны спора, ее должностное лицо или собственник.

Статья 28 Регламента ТПС предполагает двуступенчатую модель представления свидетельских показаний. Сначала показания свидетелей направляются в виде подписанных свидетелями письменных заявлений (*witness statements*)³¹. Затем свидетель, на показания которого ссылается сторона, должен явиться на слушания для допроса другой стороной, если только стороны не договорились об ином (*witness examination*)³².

С целью эффективного проведения арбитражного разбирательства незадолго до слушаний арбитры вправе попросить стороны указать всех свидетелей и экспертов, которых они намерены допросить, а также уточнить обстоятельства, которые они намерены доказать свидетельскими показаниями. Помимо этого арбитры обычно предлагают сторонам договориться о графике слушаний, в котором стороны оговаривают последовательность допроса свидетелей, а также время, которое отводится стороне на допрос каждого из свидетелей и экспертов. Указанные полномочия арбитра реализуются путем вынесения процессуального постановления (приказа) и направлены на: а) защиту сторон от несанкционированного появления новых свидетелей на слушаниях (*evidential ambush*); б) ограничение числа заслушиваемых свидетелей или времени допроса во избежание недобросовестного затягивания процесса. Отметим, что в реальности арбитры

³¹ Статья 28 (2) Регламента ТПС.

³² Статья 28 (3) Регламента ТПС.

не склонны ограничивать число свидетелей, которых стороны намереваются вызвать и допросить, поскольку таким отказом может быть нарушено право стороны на полноценное изложение своей позиции по делу.

9.7.1. Письменные показания свидетелей

Статья 28 (2) Регламента ТПС допускает, что *«показания свидетелей... могут быть даны в виде подписанных такими свидетелями заявлений»*. Письменная форма свидетельских показаний (*witness statement*) направлена на достижение нескольких процессуальных целей, а именно: а) определяется круг свидетелей; б) производится фиксация свидетельских показаний; в) сокращается время допроса на слушаниях путем замены по большей части прямого допроса письменными свидетельскими показаниями. Отмечается, что если свидетели вызываются непосредственно на слушания, без предварительной подачи письменных показаний, то на слушаниях они сначала дают свои показания в устной форме, а затем начинается их допрос сторонами³³.

Сторона самостоятельно определяет круг своих свидетелей, показания которых могут подтвердить правомерность ее утверждений и, возможно, опровергнуть утверждения другой стороны. В этом смысле предварительное проведение со свидетелем интервью на предмет выяснения его знаний о предмете и обстоятельствах спора является легитимным. В одинаковой степени это может относиться и к потенциальным свидетелям другой стороны. Сторона вправе взаимодействовать с действующими или бывшими работниками, агентами или консультантами другой стороны по вопросам обсуждения возможности их участия в процессе в качестве свидетелей. Кроме того, подобные действия не запрещены какими-либо профессиональными этическими правилами, регламентирующими деятельность адвокатов в Швеции. При этом следует отметить, что свидетель стороны не обязан давать показания и вправе отказаться от участия в арбитражном процессе. В таком случае у стороны имеется возможность допросить свидетеля принудительно через государственный суд. Мы еще вернемся к процедуре допроса свидетелей через государственный суд, которая будет подробно исследована в разделе «Свидетельские показания под присягой в суде» настоящей главы.

Несмотря на отсутствие в Регламенте ТПС каких-либо стандартов составления письменных свидетельских показаний, в международной практике сложилась относительно унифицированная форма названного документа, который можно условно разделить на четыре части.

³³ Marie Öhrström. Commentary to the SCC Rules. Institutional Arbitration – Article-by-Article Commentary. 2013. P. 841.

В первой части указываются персональные данные свидетеля: имя, дата рождения, место проживания и т.д.

Во второй части указываются образование и профессиональный опыт свидетеля, его специальные знания.

В третьей части описывается роль свидетеля в спорном правоотношении: конкретизируются должностные и функциональные обязанности свидетеля в компании в период реализации проекта, продолжительность его участия в проекте, взаимоотношения с другими субъектами проекта и т.д.

В четвертой части документа содержатся показания свидетеля в связи с обстоятельствами дела, ставшие известными свидетелю как непосредственному участнику событий либо из иных источников.

Письменные показания подписываются, указывается дата и место подписания. В случае перевода письменных показаний на другой язык указываются данные лица, осуществившие такой перевод.

Интересным представляется вопрос о роли юристов в подготовке письменных показаний свидетелей. В Швеции данный вопрос не урегулирован нормативно и оставлен на усмотрение сторон. Предполагается, что свидетель обязан дать достоверные показания независимо от участия иного лица (например, представителя стороны) в подготовке таких показаний. Моделью регулирования данного вопроса могут служить уже упомянутые Правила МАЮ, ст. 4 (3) которых устанавливает следующее правило:

«Допускается опрос своих свидетелей или потенциальных свидетелей и обсуждение с ними их будущих свидетельских показаний Стороной, ее должностными лицами, сотрудниками, юридическими консультантами или другими представителями».

Обычной практикой является разработка юристом примерного перечня вопросов, на которые свидетель готовит ответы и включает их в свои письменные показания, помощь свидетелю сформулировать и последовательно изложить факты, расставить акценты на наиболее значимых обстоятельствах.

Подписанные экземпляры свидетельских показаний и папки с письменными доказательствами направляются арбитрам и другой стороне спора одновременно с состязательными бумагами (исковым заявлением, отзывом на исковое заявление и др.).

Для обеспечения конфиденциальности процесса стороны могут обязать своих свидетелей воздержаться от разглашения информации, полученной в связи с рассмотрением спора в арбитраже, а также о факте существования самого спора.

Примечательно, что шведские арбитры нередко предписывают сторонам ограничиться подачей краткого, тезисного изложения свидетельских показаний (*förhörstema*) с

намерением получить более детальную информацию от свидетеля во время его допроса на слушаниях. Это обусловлено тем, что возможность влияния стороны на показания своего свидетеля во время допроса незначительна. Напротив, стороне несколько проще повлиять на то, какие показания даст свидетель в письменной форме.

9.7.2. Допрос (опрос) свидетелей на слушаниях

Поскольку арбитры не обладают функцией принуждения, в литературе нередко употребляется термин «опрос свидетеля» вместо «допрос свидетеля», тем самым подчеркивается право свидетеля воздержаться от дачи показаний в арбитраже полностью или частично.

Презюмируется, что, если сторона ссылается на показания того или иного свидетеля, она обязана обеспечить его явку на слушания, с тем чтобы предоставить другой стороне возможность допросить его. Как отмечалось ранее, ст. 28 (3) Регламента ТПС устанавливает, что, если стороны не договорились об ином, свидетель или эксперт, на показания которых ссылается сторона, обязан явиться на слушания для проведения допроса. Неявка такого свидетеля на слушания дает основания арбитрам не принимать во внимание данные им ранее письменные показания. При невозможности личного присутствия свидетеля на слушаниях арбитраж может принять решение о проведении допроса с применением средств телефонной или видеоконференцсвязи. В этом случае осуществляются те же процессуальные действия, что и при очной явке свидетеля.

Стороны и состав арбитража определяют дату и место слушаний, о чем выносятся процессуальные постановления арбитража. Арбитры предлагают сторонам самостоятельно договориться о процессе и последовательности допроса свидетелей, с тем чтобы уложиться в отведенное для слушаний время. Исходя из важности показаний того или иного свидетеля, каждая сторона определяет количество времени, которое ей потребуется для прямого или перекрестного допроса свидетеля. Стороны составляют предварительное расписание, которое будет являться ориентиром во время слушаний. Несмотря на то что стороны не обязаны в точности следовать расписанию и могут выйти за рамки отведенного им времени, в целом такое расписание имеет положительный эффект на планирование и проведение слушаний. Дополнительно стороны могут оговорить порядок вызова свидетелей в зал слушаний. Свидетели могут присутствовать на слушаниях с начала заседания либо вызываться по одному и после снятия показаний оставаться в зале заседаний. В отличие от достаточно жестких правил государственного судопроизводства в арбитраже допускаются более мягкие стандарты допроса свидетелей.

Полный цикл допроса свидетеля, как, впрочем, и эксперта стороны, состоит из четырех основных стадий:

- прямой допрос (*direct examination* или *examination-in-chief*);
- перекрестный допрос (*cross examination*);
- дополнительный прямой допрос (*re-direct examination*);
- дополнительный перекрестный допрос (*re-cross examination*).

Арбитр вправе задавать вопросы свидетелям в рамках любой из названных стадий допроса. Обычно арбитр задает вопросы лишь для уточнения или пояснения фактов или документов, уже озвученных или исследованных сторонами. В других случаях шведские арбитры предпочитают воздерживаться от дополнительных вопросов со своей стороны.

Допрос свидетеля начинается с пояснения арбитром того, что свидетель вызван в арбитраж для дачи показаний по обстоятельствам, которые известны ему в связи со спором между сторонами. Арбитр информирует, что свидетель не приводится к присяге, однако арбитр ожидает от свидетеля добросовестного отношения к своей роли и правдивых показаний, после чего право допросить свидетеля предоставляется стороне, вызвавшей его.

Прямой допрос свидетеля осуществляется стороной, которая опирается на показания свидетеля. В силу того что свидетель уже дал исчерпывающие показания в письменном виде, роль прямого допроса свидетеля является скорее вспомогательной. На практике с помощью прямого допроса достигается сразу несколько целей: а) история дела рассказывается устами условно не заинтересованного лица; б) производится «разогрев» свидетеля перед перекрестным допросом; в) задаются и получают ответы на «неудобные» вопросы, чтобы исключить их исследование оппонентом в перекрестном допросе.

Перекрестный допрос свидетеля проводится другой стороной, а в случаях многостороннего арбитража – сторонами спора. Свидетелю задаются вопросы, его просят пояснить те или иные обстоятельства, указать на источники информации и т.д. Несмотря на отсутствие регулирования в этой области (Законом «Об арбитраже» или Регламентом ТПС), вызвавшая свидетеля сторона вправе заявить протест против тех или иных вопросов, заданных на перекрестном допросе другой стороной. Протесты могут быть заявлены по различным основаниям, среди которых наиболее частыми являются: а) нечетко сформулированный вопрос; б) задан вопрос права, а не вопрос о фактах, известных свидетелю; в) в вопросе уже содержится ответ; г) вопрос не имеет отношения к делу или выходит за его рамки; д) вопрос основан на предположении, а не на факте; е) вопрос является наводящим; ж) свидетель некомпетентен отвечать на заданный вопрос и др. Арбитр вправе снять заданный вопрос либо позволить ответить свидетелю на него.

Шведские арбитры, например, не склонны к удовлетворению заявленных протестов, за исключением совсем уж очевидных ситуаций, нарушающих права свидетеля или стороны.

После окончания перекрестного допроса свидетеля у вызвавшей его стороны вновь появляется возможность его допросить в рамках *дополнительного прямого допроса*. На этой стадии сторона задает своему свидетелю дополнительные вопросы и просит его пояснить некоторые обстоятельства, которые были предметом обсуждения на перекрестном допросе или возникли в связи с ним.

В завершение допроса свидетеля оппонирующая сторона вновь получает возможность задать свои вопросы в *дополнительном перекрестном допросе*.

После проведения четырех описанных этапов в большинстве случаев не возникает необходимости в продолжении допроса свидетеля, поскольку стороны уже исчерпывают свои вопросы. Тем не менее, если существуют основания полагать, что свидетель может дать пояснения по тем или иным значимым обстоятельствам, которые по каким-то причинам не были исследованы на проведенном допросе, не исключается, что по ходатайству стороны допрос может быть продолжен.

9.7.3. Свидетельские показания под присягой в суде

Ввиду того что арбитраж не обладает функцией принуждения, порой допросить того или иного свидетеля без содействия государственного суда не представляется возможным. С этой целью Закон «Об арбитраже» устанавливает механизм допроса свидетеля под присягой в государственном суде с предварительного согласия арбитров. Статья 26 (1) Закона устанавливает:

«Если сторона требует, чтобы свидетель или эксперт дали показания под присягой или чтобы другая сторона была опрошена под условием говорить правду, такая сторона после получения согласия арбитров вправе обратиться в Окружной суд с соответствующим ходатайством. Тот же порядок действует в отношении ходатайств об истребовании в качестве доказательства документа или предмета. Если арбитры сочтут указанную меру целесообразной для разбирательства, они обязаны разрешить ходатайство. При наличии установленных законом оснований для испрашиваемой меры Окружной суд удовлетворяет ходатайство».

Из содержания отмеченной статьи следует, что условием подачи ходатайства в суд является согласие на то арбитров, потому что по ст. 25 (2) Закона именно арбитры принимают решение об относимости доказательств. Следовательно, арбитры вправе отказать стороне в обращении в суд с ходатайством о принудительном допросе свидетеля. Однако следует учитывать тот факт, что на арбитра также возложены обязанности с целью предоставить стороне возможность изложить свою позицию и всесторонне исследовать

обстоятельства дела. Если в дальнейшем окажется, что отказ арбитража в допросе свидетеля через привод в государственный суд повлиял на исход дела, это может стать основанием для отмены решения арбитража, а также препятствием для его признания и исполнения в другом государстве. Следовательно, при заявлении стороной ходатайства о допросе свидетеля через государственный суд арбитр обязан детально исследовать вопросы относимости доказательств, а также то, насколько соблюдены сроки представления доказательств (например, если запрос делается после окончания слушаний) и как скажется такая процедура на сроках вынесения арбитражного решения.

При проведении процедуры допроса свидетеля по ст. 26 (1) Закона в суд также приглашаются арбитры, которым предоставляется возможность задать свидетелю вопросы. Однако отсутствие арбитра в суде не препятствует проведению судебного допроса свидетеля.

9.8. Эксперты

Для разъяснения узкоспециальных вопросов по рассматриваемому делу состав арбитража и/или стороны вправе привлекать экспертов, обладающих соответствующими знаниями, квалификацией и опытом. Области знаний, по которым стороны привлекают экспертов, обширны: техника, химия, биология, медицина, естествознание, история, право, аудит и др. Экспертами сторон выступают как работники академической сферы (научные работники и т.д.), так и практикующие специалисты, связанные с определенной профессиональной областью. В настоящее время широкое распространение получили профессиональные экспертные организации, созданные специально для предоставления экспертных заключений в арбитраж или в суд. Роль экспертов в современном арбитражном процессе сложно переоценить. Например, в инвестиционном споре между миноритарными акционерами ОАО «НК Юкос» и Российской Федерацией, администрированном Арбитражным институтом ТПС, истцы использовали заключения экспертов для оценки возможной стоимости акций компании в том случае, если бы она не была ликвидирована. В итоге в своем решении, в части расчета стоимости акций, состав арбитража в значительной степени опирался на заключения экспертов сторон³⁴.

В силу своей направленности эксперты специализированных организаций – не только специалисты в определенной области знаний, но и искушенные акторы арбитражного процесса, как правило, с большим опытом участия в арбитражах, что несомненно

³⁴ Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation, SCC № 24/2007. 20.07.2012.

увеличивает их значимость. Очевидно, что опытный профессиональный эксперт, одинаково комфортно ощущающий себя как на презентации своих выводов, так и на допросе или на так называемой конференции экспертов, предстает в более выгодном свете, чем процессуально неопытный эксперт.

9.8.1. Эксперты сторон

Несмотря на название, по своему процессуальному статусу эксперт стороны находится ближе к свидетелю, чем к независимому эксперту. Поэтому в арбитражных регламентах вводится термин «*expert witness*» или «экспертный свидетель». Фактически эксперт стороны – это лицо, которое не имеет прямого отношения к обстоятельствам спора и не является очевидцем или свидетелем произошедших событий. Тем не менее в силу своих специальных знаний эксперт стороны может дать оценку фактам, процессам и последствиям, представленным стороной на его исследование. Статьей 28 Регламента ТПС предусмотрено, что в отношении эксперта стороны действуют те же правила, что применимы к свидетелям.

Примечательно, что на эксперта стороны не распространяются требования о независимости и беспристрастности, соответственно не имеет какого-либо смысла заявлять отвод эксперту стороны по этим основаниям. Экспертным свидетелем может выступать как внешний консультант, так и лицо, трудоустроенное тяжущейся стороной. Сторонам все же следует учитывать, что вес показаний эксперта, имеющего тесную связь с назначающей стороной (например, работник), будет незначительным по сравнению с показаниями независимого внешнего эксперта стороны.

Как правило, эксперт назначается стороной на этапе подготовки своих состязательных документов и проработки доказательственной базы. Когда сторона спора сталкивается с необходимостью узкоспециального анализа тех или иных обстоятельств, интервьюируются кандидаты в эксперты, которые смогли бы пояснить отдельные аспекты дела стороне, а в дальнейшем и составу арбитража. Когда нужный эксперт идентифицирован, с ним подписывается договор о неразглашении информации и договор на оказание консультационных услуг, после чего эксперту предоставляется необходимая информация и ставится ряд вопросов, по которым готовится экспертное заключение.

Среди поставленных перед экспертом стороны вопросов могут быть как вопросы, относящиеся к предмету спора, так и ставшие известными в результате обмена состязательными документами выводы эксперта другой стороны.

Эксперт стороны готовит письменное заключение, в котором указывает свои персональные данные, образование, квалификацию и опыт работы, излагает поставленные

перед ним вопросы и описывает круг исследованных им документов и опрошенных свидетелей.

Ключевой частью экспертного заключения является непосредственно исследование поставленных перед ним вопросов. Указываются методология и инструментарий исследования, описываются логика, которой следовал эксперт, научные или практические принципы, на которые он опирался в своих выводах. Далее следуют выводы с описанием причин, связей и последствий тех или иных обстоятельств спора. Экспертное заключение датируется и подписывается.

В целом большинство экспертных заключений в арбитраже составлено по аналогичному шаблону. В технических спорах к экспертному заключению могут прилагаться демонстрационные приложения – схемы, чертежи, аудио- и видеоматериалы и другие документы, которые доступным образом иллюстрируют выводы эксперта.

По общему правилу эксперт стороны, предоставивший письменное заключение, обязан принять участие в слушаниях, с тем чтобы другая сторона (стороны) могла задать вопросы в отношении подготовленного экспертного заключения. Впрочем, как и свидетели, эксперты сторон не приводятся к присяге, однако информируются арбитражем о том, что от них ожидают получить достоверные сведения.

Процесс опроса экспертов сторон во многом схож с уже описанным допросом свидетелей, с тем лишь исключением, что по согласованию сторон между экспертами может быть организована прямая полемика, которая получила название «конференция экспертов» (*expert conferencing*). Данная процедура направлена на то, чтобы эксперты напрямую обменялись мнениями по ключевым вопросам, что позволит обнаружить недостатки и точки соприкосновения в заключениях. Конференция экспертов является частью слушаний и проводится в присутствии арбитров и сторон.

Расходы на эксперта стороны покрываются стороной, назначившей этого эксперта. В дальнейшем эти расходы могут быть возложены на проигравшую сторону как расходы, связанные с представлением стороны в арбитраже.

9.8.2. Эксперт арбитража

Статьей 29 Регламента ТПС допускается, что после консультаций со сторонами состав арбитража может назначить одного или нескольких экспертов для доклада по определенным вопросам, изложенным составом арбитража в письменном виде (далее – эксперт арбитража). Теоретически инициатива назначить эксперта арбитража может исходить как от стороны, так и от самого состава арбитража. На практике арбитры достаточно редко по своей инициативе прибегают к привлечению эксперта, позволяя

сторонам самостоятельно решить, что, в каком объеме и каким образом они намерены доказать. В любом случае организуется предварительное обсуждение по кандидатуре арбитра и по вопросам, отнесенным на его исследование. Обсуждение в большинстве случаев проводится в виде телеконференции, без необходимости очного заседания. Решение о назначении либо об отказе от назначения эксперта арбитража принимается составом арбитража в виде процессуального постановления, с указанием имени и квалификации эксперта, перечня поставленных перед ним вопросов и предоставленных на его исследование документов.

Различие между экспертом стороны и экспертом арбитража заключается в том, что влияние стороны на эксперта арбитража минимально и ограничивается обсуждением консолидированного перечня вопросов, направляемого на его исследование. Напротив, в случае с экспертом стороны сторона и эксперт находятся в более тесном соприкосновении, что в некоторой степени позволяет заранее скоординировать позицию стороны и содержание экспертного заключения.

Работа эксперта арбитража организована таким же образом, как и работа экспертов сторон, и в общих чертах описана в Регламенте ТПС. Результатом работы эксперта становится подготовка экспертного заключения. Получив доклад эксперта, арбитры направляют копии заключения сторонам и предоставляют им возможность представить письменные комментарии³⁵. Сторонам предоставляется возможность задать вопросы каждому эксперту арбитража во время допроса эксперта на слушаниях³⁶.

Назначение эксперта арбитража не ограничивает права стороны назначить своего эксперта, который подготовит независимое заключение. При подготовке вопросов для исследования и для допроса эксперта арбитража на слушаниях сторона также может прибегнуть к консультативной помощи своего экспертного свидетеля. Это позволяет стороне более эффективно использовать ресурс эксперта арбитража.

Расходы на эксперта арбитража включаются в расчет общей суммы арбитражных расходов, которые полностью или частично относятся на проигравшую сторону, в зависимости от объема удовлетворенных требований.

9.15. Осмотр места

По просьбе стороны арбитраж вправе произвести осмотр места, содержащего информацию или объекты, связанные с предметом спора. Объектами могут быть строительная площадка, часть здания, место аварии наземного, воздушного или морского

³⁵ Статья 29 (2) Регламена ТПС.

³⁶ Статья 29 (3) Регламена ТПС.

транспортного средства и любое другое место, где находятся доказательства. В международной практике достаточно редко встречаются примеры, когда арбитраж принимает решение на выезд и осмотр места, поскольку это сопряжено с увеличением арбитражных расходов и сроков процесса. Гораздо чаще арбитраж ограничивается исследованием фото- и видеоматериалов с места нахождения доказательств.

Несмотря на то что Закон «Об арбитраже» и регламенты ТПС не содержат положений о праве арбитража произвести осмотр места, такие полномочия тем не менее существуют в рамках общего принципа, который допускает, что сторона вправе доказывать свою позицию всеми доступными методами и средствами.