

**Правильная и своевременная последовательность процессуальных шагов, которые предпримет команда юристов, имеют первостепенное значение в трансграничных спорах. Вы сможете не только правильно управлять процессом, но и повысить шансы на успех.**

Текст: Евгений Ращевский, партнер, руководитель практики международных судебных споров и арбитража АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

## Трансграничные споры. Этапы эффективного управления. Часть II

**С**тороны сделки выбрали форум для рассмотрения возможных споров, применимое материальное право. Но в процессе исполнения сделки возникли разногласия. Если попытки договориться без суда не дали положительных результатов, необходимо срочно искать консультантов и подготовиться к процессу.

При этом важно держать в уме логику развития процесса, четко представлять его основных участников (стороны, суд, арбитров), а также своевременно позаботиться о ключевых компонентах разбира-

тельства: доказательствах по фактам и экспертных заключениях.

### **Собираем факты**

Любой арбитражный проект начинается со сбора истории. История проекта охватывает все значимые факты спора и их предысторию. От того, когда проектная команда начнет собирать документы для вышеуказанной истории, а также от правильной организации этого процесса зависит успех всего арбитражного проекта.

**Предварительная работа с документами.** Полезно, если в процессе исполнения контракта юри-

дический департамент ведет досье проекта: скрупулезно копирует и подшивает все первичные и сопутствующие документы.

Фундамент современного международного арбитража заложили известные споры 1960–1970-х годов по крупным подрядам на Ближнем Востоке. И в спорах выигрывали именно те команды, которые с первого дня собирали полное досье по исполнению контракта.

Если документы разбросаны по компании, то юридическим советникам придется собирать доказательства с нуля. В таком случае компания увеличит затраты времени на предварительный анализ и подготовку правовой позиции. Появляется риск: в ограниченное время подготовки к процессу что-то существенное может ускользнуть от внимания юристов.

**Анализ позиции.** Стороны первый раз обменялись процессуаль-

ными документами и сформулировали свою юридическую позицию по существу спора.

Что дальше? Поручите опытному судебному адвокату из юрисдикции ключевого форума следующее: сделать срез и проанализировать сильные и слабые места в позициях сторон по фактам и праву. Это позволит заблаговременно оценить перспективы дела и, если необходимо, заранее начать переговоры об урегулировании спора.

Если сторона выяснит, что дело трудно выиграть, более разумно урегулировать спор до слушаний по существу. Срезы-оценки необходимо делать с определенной периодичностью после существенных процессуальных подач. Результаты срезов можно оформлять протоколами периодических мозговых штурмов и встреч основных членов юридической команды.

## СКРУПУЛЕЗНОСТЬ

«Для подрядчиков не было чего-то необычным собирать, часто с самого начала проекта, юридическое досье, каталогизирующее все трудности, с которыми они сталкивались при выполнении договорных обязательств. Например, документировать каждый эпизод, когда местный чиновник, ответственный за надзор за проектом, отказался удовлетворить их просьбу, поступил с ними слишком строго или действовал так, чтобы сохранить лицо перед местными элитами» (Yves Dezalay, Bryant G. Garth. Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of Transnational Legal Order, University of Chicago Press, 1996, p. 94).



## Раскрытие в английском суде

Солиситоры по делу, которые являются counsel on record, действуют не только как адвокаты стороны, но и как office of the court. Они должны контролировать, чтобы клиент раскрыл все относящиеся к делу документы. При необходимости солиситор подтверждает это суду в affidavitе. Эта обязанность соблюдается строго, несмотря на возможное недовольство клиентов и риск разрыва отношений с ними. Если ее нарушить, солиситора могут дисквалифицировать. Советник стороны также не должен гово-

рить неправду, чтобы помочь клиенту. Это правило закрепляется прямо (§18.5–18.6 Регламента LCIA, §3 Приложения к Регламенту LCIA «Общие принципы для юридических представителей сторон») или подразумевается как элемент целостности арбитражной процедуры. Правило подкрепляется правом трибунала на adverse inferences. Трибунал может предложить дать пояснения, где, когда и кем производился поиск и отбор документов для дела, а также почему те или иные документы не сохранились.

## ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЭКСПЕРТА В РОССИИ

За заведомо ложное заключение эксперт несет уголовную ответственность. Об этом его предупреждает арбитражный суд. Сам эксперт дает подписку (ч. 5 ст. 55 АПК РФ).

## Раскрываем доказательства

Помните о политике сбережения доказательств для дела, организуйте их непрерывный сбор и обработку, чтобы провести процедуру раскрытия на должном профессиональном уровне. От правильного алгоритма действий зависит доверие арбитров или суда к позиции участника процесса.

**Особенности раскрытия доказательств.** Раскрытие доказательств, так называемых *discovery* или *disclosure*, в странах англо-саксонского права — неотъемлемая часть процедуры гражданского процесса. Раскрытие доказательств в усеченном варианте стало также неотъемлемой частью современного международного коммерческого арбитража.

Эта процедура укоренилась в правилах арбитражных институтов и рекомендательных правилах

арбитражного сообщества (так называемых *soft law*).

Например, нормы о раскрытии доказательств содержатся в ст. 9 Правил международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже — IBA Rules of Evidence, на которые часто ссылаются арбитры.

Доверие судьи или арбитра может вырасти или существенно снизиться в зависимости от того, как сторона проведет раскрытие, ответит на запросы оппонента, суда или трибунала, обоснует невозможность представления некоторых документов.

Помните о риске *adverse inferences*: судья или арбитры в итоговом решении могут презюмировать, что непредставленный документ или показания неблагоприятны для интересов непредставившей их стороны.

Суть процедуры *disclosure* в том, что каждая сторона обязана рас-

## Держим руку на пульсе

### Евгений Ращевский

Для трансграничного судебного проекта необходимы следующие внутренние документы:

- подробная хронология событий;
- «теория дела» (“*case theory*”) с анализом позиций обеих сторон.

На раннем этапе проекта этот документ может быть совмещен с п. 1;

- *dramatis personae* — список физических лиц и компаний, которые относятся к спору, включая основных свидетелей, которых нужно опросить, либо опрошенных.

Лучше готовить эти документы

на первом этапе, сразу после предварительного анализа фактов, и регулярно обновлять их. Важно, чтобы у них был один «хозяин» из юридической команды на протяжении всего проекта.

Остальные должны незамедлительно сообщать новую информацию «хранителю», чтобы он своевременно обновлял ее. Актуальная информация позволяет быстро ввести в курс дела нового юридического консультанта, например, чтобы получить *second opinion* по сложному вопросу.



крыть все доказательства как за, так и против сформулированной ею позиции. Невозможно отсортировать документы, отбирая только то, что благоприятно для вашего дела, ведь пробелы и нестыковки в доказательственной базе проявятся на слушаниях.

**Трансграничная передача персональных данных.** Сложный вопрос, у которого отсутствует универсальное решение, — проблема трансграничной передачи персональных данных при раскрытии. Оператор, компания-сторона в иностранном судебном процессе, обязан убедиться, что на территории иностранного государства обеспечивается адекватная защита прав субъектов персональных данных (ч. 3 ст. 12 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»).

Чтобы безопасно раскрыть персональные данные, лучше заранее получить независимое юридическое заключение. Местный юрист больше знает о процедурах и нюансах защиты персональных данных в стране, где планируется собрать и откуда планируется передавать документы в суд. На это стоит особенно обратить внимание, если речь идет о странах с иными развитыми правовыми системами, например о Китае.

Аналогичные предосторожности нужны при интервьюировании свидетелей в другой стране. В том числе при проведении процедуры deposition — допросе адвокатами свидетелей другой стороны с записью допроса на видео.

В России защитить информацию с помощью адвокатской тайны

может только участие российского адвоката в процедуре раскрытия доказательств или сборе свидетельских показаний.

## Выбираем экспертов

Экспертов в иностранном процессе обычно инструктируют сами стороны. Право назначить эксперта есть и у суда, и у арбитров. Если стороны активно используют доступные средства доказывания, в назначении экспертов судом или арбитражем может не быть необходимости.

В российском арбитражном процессе экспертов назначает только суд (ч. 1 ст. 55 АПК РФ). Иные специалисты, какими бы компетентными они ни были, экспертами в процессуальном смысле не являются.

**Своевременность выбора.** В англо-саксонской традиции доверие к эксперту, которого назначила сторона, будет не меньше, чем к назначенному судом или арбитражем. В обоих случаях эксперты — помощники суда или арбитров и они могут подвергнуться перекрестному допросу по содержанию своего заключения.

Считается, что мастерство допрашивающего адвоката — лучшая страховка от заведомо недостоверного экспертного заключения.

Необходимо своевременно начать отбор экспертов для дела в зарубежном форуме. Управляющий процессуальной защитой или нападением должен на раннем этапе выявить вопросы, которые требуют специальных познаний.

Опоздание в лучшем случае затруднит или отсрочит благоприятный результат по проекту, а в худшем — приведет к неверной стратегии.



## АФФИДЕВИТ

От лат. *affido* — «клятвенно удостоверяю». В праве Великобритании и США аффидевит — письменное показание или заявление лица, которое выступает в роли свидетеля.

### ТЕСТ НА НЕЗАВИСИМОСТЬ

«Полезным тестом на независимость будет тот факт, что эксперт пришел бы к аналогичному мнению, если бы его попросила сделать аналогичное заключение противоположная сторона» (Guidance for the instruction of experts in civil claims, §11, [www.judiciary.gov.uk](http://www.judiciary.gov.uk)).

**Минимизация рисков.** Выбирая эксперта, нужно тщательно проверить отсутствие конфликта интересов. Рекомендуется также подписывать с экспертом соглашение о конфиденциальности. Сделать это нужно до того, как компания передаст материалы для предварительного изучения.

Формальности позволят снизить риск того, что ваш эксперт неожиданно возникнет на противоположной стороне, если ваши отношения с ним не пойдут дальше предварительного неформального заключения.

Заключение эксперта может сыграть решающую роль в процессе. Убедитесь в том, что выбранный вами эксперт будет доступен для дачи показаний и работы по процессу до самого окончания слушаний и даже в случае подачи *post-hearing briefs* или заявления об оспаривании арбитражного решения.

Эксперты могут привлекаться как для оценки вопросов факта, так и для высказывания мнения по вопросам иностранного права. Для судьи или арбитра иностранное право, в котором он не является специалистом, это тоже факт.

### Инструктируем эксперта

Переписку с экспертом и инструкции для него, даже если он назначен стороной, суд может затребовать к раскрытию.

Суд должен убедиться, что инструктирующая сторона не повлияла на выводы экспертизы. Помните об этом с самого начала общения с экспертом. Эксперт не должен превращаться в адвоката одной из сторон.

В решении по делу *Great Eastern Hotel Company Ltd v John Laing* английский судья Дэвид Вилкокс пояснил, что отклоняет показания эксперта ответчиков из-за отсутствия тщательности в исследовании и некритичного отношения к утверждениям ответчиков со стороны их эксперта (*Great Eastern Hotel Company Ltd v John Laing Construction Ltd and another* [2005] EWHC 181).

### Выбираем арбитров

Если в карте комплексного спора фигурирует международный арбитраж, вопрос о выборе кандидатов в арбитры приобретает в начале проекта первостепенную важность.

Действующие регламенты крупнейших арбитражных учреждений предусматривают право сторон указать выбранного кандидата в арбитры при первой письменной подаче. Истец указывает кандидата в уведомлении об арбитраже, а ответчик — в отзыве на уведомление.

Срок на подачу отзыва ограничен 28 (LCIA) или 30 (ICC) днями. У ответчика меньше времени, чтобы принять решение. За этот период нужно успеть: а) определиться с кругом потенциальных кандидатов; б) проверить отсутствие конфликта; в) проинтервьюировать кандидатов, чтобы иметь список из двух-трех имен.

Не всегда внутренние юристы имеют достаточно опыта и времени для выбора кандидатов, интервью с ними и переговоров с адвокатами оппонента по процедуре назначения трибунала.

Поручите выбор кандидатов специализированной фирме (консультанту). На практике выбор юридического советника и выбор арбитра происходят одновременно либо сразу друг за другом.

Арбитражная оговорка может предусматривать, что все арбитры назначаются администрирующим арбитражным учреждением.

Например, в ст. 5 Правил LCIA такой порядок действует по умолчанию. После начала арбитража оцените, насколько целесообразно придерживаться данного порядка, либо попытайтесь договориться с оппонентом о его изменении.

Отдельный вопрос — отбор и назначение председательствующего состава арбитража. Здесь возникает больше всего неопределенности. От позиции председательствующего зачастую во многом зависит исход процесса.

До слушаний председательствующий арбитр отвечает за процедурные вопросы, рассмотрение ходатайств, реагирование на партизанские тактики затягивания или торпедирования арбитража.

Когда спор рассматривают три арбитра, общепринятым является порядок, при котором назначенные сторонами арбитры выбирают председательствующего по взаимному согласию.

Стороны могут консультироваться с назначенными ими арбитрами по поводу пожеланий по кандидатуре будущего председателя трибунала.

Любая коммуникация должна соответствовать требованиям независимости и нейтральности состава арбитража и при возникновении вопросов может быть раскрыта другому арбитру и стороне оппонента. ■

*Окончание материала  
в следующем номере*

---

## Преодолеть процедурный тупик

Если соарбитры не могут договориться по поводу кандидатуры председательствующего, право выбора переходит к администрирующему органу. Можно поделиться с назначающим органом пожеланиями к председательствующему, которые относятся к опыту, квалификации по праву конкретной стороны, владению определенным языком и др. Административный орган может принять их во внимание, но они не являются для него обязательными (если только не предусмотрены арбитражным соглашением). В некоторых учреждениях председательствующего назначает лично председатель арби-

тражного института (ст. 9 Правил SIAC 2016). Предусмотрите заранее процедуру назначения председательствующего арбитра, которая будет максимально прозрачной и предсказуемой для сторон. Ее можно зафиксировать в арбитражном соглашении или после начала арбитража в соглашении о назначении трибунала. Например, стороны могут предложить соарбитрам представить список из 10 имен, из которого каждая сторона может отвести по 3 имени без объяснения мотивов. А оставшиеся имена будут тем списком, из которого арбитры определяют председательствующего.

