

A Note on Translations

This document was originally prepared in English by a working group of the International Bar Association and was adopted by IBA Council Resolution.

In the event of any inconsistency between the English language versions and the translations into any other language, the English language version shall prevail.

The IBA would like to acknowledge the work of Olena Perepelynska (Sayenko Kharenko), Ihor Siusel (Baker&McKenzie CIS) and Ksenia Pogruzhal'ska (Baker&McKenzie CIS) in the translation of these Guidelines.



the global voice of
the legal profession

International Bar Association
4th Floor, 10 St Bride Street
London EC4A 4AD
United Kingdom

Tel: +44 (0)20 7842 0090
Fax: +44 (0)20 7842 0091

www.ibanet.org

РЕКОМЕНДАЦІЇ МІЖНАРОДНОЇ АСОЦІАЦІЇ ЮРИСТІВ ЩОДО ПРЕДСТАВНИЦТВА СТОРІН В МІЖНАРОДНОМУ АРБІТРАЖІ

Схвалені рішенням
Ради МАЮ
25 травня 2013 року
Міжнародна асоціація юристів



the global voice of
the legal profession®

Міжнародна асоціація юристів
Сполучене Королівство
Великої Британії та Північної Ірландії
Лондон EC4A 4AD
Брайд Стріт 10, 4-й поверх
Тел.: +44 (0)20 7842 0090
Факс: +44 (0)20 7842 0091
www.ibanet.org

ISBN: 978-0-948711-27-5

Всі права захищені

© Міжнародна асоціація юристів 2013

Жодна частина матеріалу, захищеного даним повідомленням про авторські права, не може відтворюватися або використовуватися в будь-якій формі або будь-якими електронними або механічними засобами, включаючи фотокопіювання, запис або будь-яку систему зберігання та відтворення інформації, без письмового дозволу власника авторських прав.

ЗМІСТ

Члени робочої групи	5
Про Арбітражний комітет МАЮ.....	7
Рекомендації	8
Преамбула	9
Визначення термінів	10
Застосування Рекомендацій	11
Представництво Сторін	12
Спілкування з Арбітрами	13
Документи, адресовані Складу арбітражу.....	14
Обмін і розкриття інформації	16
Свідки та експерти	18
Коригувальні заходи при Неналежній поведінці.....	20



Звернення робочої групи з підготовки офіційного тексту українською мовою

Незважаючи на популярність міжнародного арбітражу, ще до недавнього часу поведінка представника сторони в міжнародному арбітражі уніфіковано ніяким чином не регулювалася. З огляду на це, представники сторін керувалися своїми національними правилами. В той же час, такі національні правила професійної етики суттєво відрізняються, що створювало багато труднощів як на міжнародному, так і на національному рівнях.

З метою виправлення ситуації 25 травня 2013 року Міжнародна асоціація юристів (МАЮ) прийняла Рекомендації щодо представництва сторін в міжнародному арбітражі.

Для того, щоб цей документ був також доступний українською мовою, МАЮ сформувала робочу групу, до якої увійшли Олена Перепелинська (ЮФ «Саєнко, Харенко»), Ігор Сюсель та Ксенія Погружальська («Бейкер і Макензі СіАйЕс - Лімітед») за підтримки Української Арбітражної Асоціації.

В ході роботи над українським текстом документу робоча група зіткнулася з певними труднощами перекладу деяких термінів з англійської мови на українську, адже не завжди правові поняття і формулювання, викладені англійською мовою, мають прямий аналог в українській мові. Для кращого розуміння тексту українською мовою необхідно мати на увазі наступне:

«Професійний привілей» –

Термін «Професійний привілей» відповідає сталому в україномовній юридичній літературі терміну «Професійна таємниця», під яким, передусім, розуміється професійна таємниця адвокатів, але який також включає і іншу професійну таємницю, що охороняється законом (наприклад, лікарську, сповіді тощо).

«Коригувальні заходи» –

У англійському варіанті використовується термін «Remedies», який в контексті цього документу перекладений як «Коригувальні заходи», і який охоплює доступні складу арбітражу заходи впливу, що вживаються для досягнення справедливості і об'єктивності розгляду у разі порушення представником сторони норм і принципів, встановлених в цьому документі.

Олена Перепелинська, Ігор Сюсель, Ксенія Погружальська

Члени Робочої Групи

Алексіс Мур

*Співголова, Арбітражний комітет МАЮ
Касталді Мур та Партнери
Париж, Франція*

Едуардо Зулета

*Співголова, Арбітражний комітет МАЮ
Гомес-Пінзон Зулета
Богота, Колумбія*

Джюлі Бедард

*Голова, Робоча група
Скадден, Арнс, Слейт, Мігер і Флом ЛЛП
Нью-Йорк, США*

Фанке Адекоя

*Ілекс
Фаломо Ікої, Лагос, Нігерія*

Хосе Марія Алонсо

*Бейкер і Макензі
Мадрид, Іспанія*

Сайрус Бенсон

*Гібсон, Дан і Кратчер ЛЛП
Лондон, Англія*

Луї Дега

*К енд Л Гейтс ЛЛП
Париж, Франція*

Пол Фрідланд

*Уайт енд Кейс ЛЛП
Нью-Йорк, США*

Марк Фрідман

*Співголова, Арбітражний комітет МАЮ 2011-2012
Дебевоіз енд Плімттон ЛЛП
Нью-Йорк, США*

Джудіт Гілл, Королівський адвокат

*Співголова, Арбітражний комітет МАЮ 2010-2011
Аллен енд Овері ЛЛП
Лондон, Англія*

Крістофер Лау

*Максвелл Чемберс
Сінгапур*

Лоран Леві

*Леві Кауфман-Коллер
Женева, Швейцарія*

Торстен Лорчер

*СіЕмЕс Хаше Сігле
Кельн, Німеччина*

Фернандо Мантілья-Серрано

*Шерман енд Стерлінг ЛЛП
Париж, Франція*

Йошимі Охара

*Нагашима Оно енд Цунемацу
Токіо, Японія*

Вільям Парк

*Юридичний факультет університету Бостона
Бостон, Массачусетс, США*

Кеннет Райзенфельд

*Паттон Богс ЛЛП
Вашигтон, округ Колумбія, США*

Кетрін Роджерс

*Пенсильванський державний університет, юридичний факультет Дікінсона
Юніверсіті-Парк, штат Пенсильванія, США*

Арман Сарварян

*Університет Суррея, юридичний факультет
Гілфорд, Англія*

Анна-Вероніка Шлепфер

*Шелленберг Вітмер
Женева, Швейцарія*

Маргарет Стівенс

*Кінг енд Спалдінг ЛЛП
Вашигтон, округ Колумбія, США*

Клаус фон Вобезер

*Співголова, Арбітражний комітет МАЮ 2005-2006
Фон Вобезер і Сьєрра ЕсСі
Мехіко, федеральний округ Дістрито-Федераль, Мексика*

Елвін Йео

*Вонг Партнершип ЛЛП
Сінгапур*

Про Арбітражний комітет

Арбітражний комітет був заснований в якості Комітету Відділення юридичної практики Міжнародної асоціації юристів, в центрі уваги якого перебуває законодавство, практика і процедури, що стосуються арбітражного вирішення міжнародних спорів. Арбітражний комітет нині включає понад 2600 членів зі 115 країн, і кількість його членів постійно зростає.

За допомогою публікацій та конференцій Комітет прагне здійснювати обмін інформацією про міжнародний арбітраж, пропагувати його застосування та підвищувати його ефективність.

Комітет опублікував ряд правил та рекомендацій, які отримали широке визнання арбітражної спільноти як відображення кращої арбітражної практики, серед яких: Правила МАЮ з отримання доказів в міжнародному арбітражі, переглянуті в 2010 році, Рекомендації МАЮ щодо конфлікту інтересів в міжнародному арбітражі, які переглядаються нині, і Рекомендації МАЮ зі складання арбітражних угод. Комітет також видає інформаційний бюлетень двічі на рік та організовує конференції, семінари і тренінги по всьому світу.

Комітет має у своєму складі постійно діючі підкомітети і за необхідності створює робочі групи для розгляду певних питань.

На момент випуску цих Рекомендацій в Комітеті діють, окрім Робочої групи з питань поведінки представників сторін, три підкомітети, а саме: Підкомітет з питань інвестиційного арбітражу, Підкомітет з конфлікту інтересів та Підкомітет молодих юристів, що практикують у сфері арбітражу.

Рекомендації

Преамбула

Арбітражний комітет МАЮ заснував Робочу групу з питань поведінки представників сторін в міжнародному арбітражі (надалі – «Робоча група») в 2008 році.

Завданням Робочої групи було дослідити питання поведінки представників та представництва сторін у міжнародному арбітражі, які регулюються або встановлюються різноманітними та потенційно конфліктуючими правилами і нормами. В якості першого кроку дослідження Робоча група розпочала зі з'ясування того, чи може таке розмаїття норм і практик підірвати фундаментальні принципи справедливості та об'єктивності міжнародних арбітражних проваджень, і чи зможуть міжнародні рекомендації щодо представництва сторін у міжнародному арбітражі допомогти сторонам, їх представникам та арбітрам. У 2010 році Робоча група провела опитування («Опитування») з метою вивчення цих питань. Респонденти Опитування висловилися на підтримку розробки міжнародних рекомендацій щодо представництва сторін.

Робоча група надала проект рекомендацій Арбітражному комітету МАЮ в жовтні 2012 року. Після цього Комітет розглянув проект рекомендацій та провів його обговорення з досвідченими фахівцями, які практикують у сфері арбітражу, арбітрами та арбітражними інститутами. Проект рекомендацій в подальшому був переданий на розгляд усім членам Арбітражного комітету МАЮ.

На відміну від національних судових проваджень, в яких представники сторін обізнані з єдиною системою правил професійної поведінки та підпорядковані їй, представництво сторін в міжнародному арбітражі може регулюватися різноманітними і потенційно конфліктуючими зібраннями національних правил і норм. Розмаїття правил і норм, що застосовуються до представництва сторін в міжнародному арбітражі, може включати норми та правила національної юрисдикції представника сторони, місця проведення арбітражу та місця фактичного проведення слухань. Опитування виявило високий рівень невизначеності думок респондентів відносно того, які правила регулюють представництво сторін в міжнародному арбітражі. Така невизначеність посилюється тоді, коли окремі юристи, які разом працюють в одній фірмі або спільно представляють інтереси клієнтів у справі, допущені до практики в декількох юрисдикціях, в яких діють суперечливі правила і норми.

Окрім потенційної невизначеності, правила і норми, розроблені для національного судового провадження, можуть бути не пристосовані до міжнародного арбітражного провадження. Так, у сфері міжнародного арбітражу спеціальні процедури і практики розроблені з метою узгодження правових та культурних відмінностей між залученими до процесу учасниками, а також для складних і багатонаціональних за характером спорів. Національні правила і норми професійної поведінки, навпаки, розроблені для застосування в конкретних правових культурах і узгоджуються із встановленими національними процедурами.

Рекомендації МАЮ щодо представництва сторін в міжнародному арбітражі (надалі – «Рекомендації») ґрунтуються на постулаті, що представники сторін діятимуть порядно і сумлінно та не вчинятимуть дій, спрямованих на необґрунтоване затягування або збільшення вартості арбітражного розгляду, у тому числі з використанням тактик, спрямованих на перешкоджання арбітражному розгляду.

Як і у випадку з Міжнародними принципами поведінки для юристів, прийнятими МАЮ 28 травня 2011 року, Рекомендації не призначені замінити імперативні норми, професійні або дисциплінарні правила, або ж погоджені арбітражні регламенти, які можуть мати відношення або підлягати застосуванню до представництва сторін. Вони також не спрямовані на наділення складу арбітражу будь-якими повноваженнями, які знаходяться в компетенції асоціацій адвокатів або інших професійних організацій.

Саме термін «рекомендації», а не «правила», використовується з метою підкреслення їх договірного характеру. За угодою сторони можуть застосовувати Рекомендації або їх частину. Склад арбітражу може також застосовувати Рекомендації на власний розсуд з урахуванням будь-яких застосовних імперативних правил, якщо він визначить, що має на це повноваження.

Рекомендації не призначені для обмеження гнучкості, яка властива міжнародному арбітражу і є його значною перевагою. Сторони та склад арбітражу можуть адаптувати їх до конкретних обставин кожного арбітражного провадження.

Визначення термінів

У Рекомендаціях МАЮ щодо представництва сторін в міжнародному арбітражі:

«*Склад арбітражу*» означає одноосібного Арбітра або колегію Арбітрів в арбітражі;

«*Арбітр*» означає арбітра в арбітражі;

«*Документ*» означає будь-який текст, повідомлення, зображення, креслення, програму або дані будь-якого типу, що фіксуються або зберігаються на папері або за допомогою електронних, аудіо-, візуальних або інших засобів;

«*Національна асоціація адвокатів*» або «*Асоціація адвокатів*» означає національний або місцевий орган або органи, відповідальні за регулювання професійної поведінки адвокатів;

«*Докази*» означає докази у формі документів, а також письмові та усні свідчення;

«*Спілкування ex parte*» означає обмін усними або письмовими повідомленнями між Представником Сторони та Арбітром або потенційним Арбітром без присутності і без відома протилежної Сторони або Сторін;

«*Експерт*» означає особу або організацію, яка виступає перед Складом арбітражу для надання експертного аналізу та висновків з конкретних питань, визначених Стороною або Складом арбітражу;

«*Висновок Експерта*» означає письмовий висновок Експерта;

«*Рекомендації*» означають ці Рекомендації МАЮ щодо представництва сторін в міжнародному арбітражі з урахуванням доповнень або змін, що можуть періодично прийматися;

«*Завідомо*» означає з фактичним знанням тієї обставини, про яку йде мова;

«*Неналежна поведінка*» означає порушення цих Рекомендацій або будь-які інші дії, які Склад арбітражу визнає такими, що суперечать обов'язкам Представника Сторони;

«*Сторона*» означає сторону арбітражного розгляду;

«*Арбітр, призначений Стороною*» означає Арбітра, кандидатура якого висувається або який призначається однією або більше Сторонами;

«*Представник Сторони*» або «*Представник*» означає будь-яку особу, у тому числі співробітника Сторони, яка діє в арбітражі від імені Сторони і представляє заяви, аргументи або надає пояснення Складу арбітражу від імені такої Сторони, окрім як в якості Свідка або Експерта, незалежно від юридичної кваліфікації або членства в Національній асоціації адвокатів;

«*Головуючий*» означає арбітра, який є одноосібним Арбітром або головою Складу арбітражу;

«*Клопотання про надання документів*» означає письмову вимогу Сторони про надання Документів іншою Стороною;

«*Свідок*» означає особу, яка з'являється перед Складом арбітражу для надання свідчень про факти;

«*Показання свідків*» означає письмові пояснення Свідків, записані з їх свідчень.

Застосування Рекомендацій

1. Рекомендації застосовуються в тих випадках і в тій мірі, в яких Сторони домовилися про це, або якщо Склад арбітражу після консультацій із Сторонами вважає за необхідне їх застосувати, після того, як він встановив, що має повноваження виносити рішення з питань представництва Сторін для забезпечення об'єктивності та справедливості арбітражного розгляду.

2. У разі виникнення суперечок стосовно змісту Рекомендацій Складу арбітражу слід тлумачити їх відповідно до їх загальної мети та в порядку і формі, що найбільш відповідає конкретному арбітражному провадженню.

3. Рекомендації не покликані замінити імперативні положення законодавства, професійних або дисциплінарних правил або погоджені арбітражні регламенти у питаннях представництва Сторін, що підлягають застосуванню. Рекомендації також не призначені для відходу від положень арбітражної угоди або звуження основного обов'язку Представника Сторони виявляти лояльність до Сторони, яку він представляє, або основоположного обов'язку Представника Сторони представляти позицію такої Сторони перед Складом арбітражу.

Коментарі до Рекомендацій 1-3

Як наголошується в Преамбулі, значна користь може бути одержана Сторонами та Складом арбітражу від використання рекомендацій з питань представництва Сторін, зокрема, з метою вирішення протиріч, коли різні норми й очікування можуть загрожувати об'єктивності та справедливості арбітражного розгляду.

В силу цих Рекомендацій при вирішенні подібних питань без шкоди для імперативних норм застосовного законодавства, Склад арбітражу не має бути обмежений, в силу колізійних норм або норм міжнародного приватного права, вибором лише національних або місцевих правил професійної етики. Натомість, дані Рекомендації пропонують підхід, призначений враховувати багатогранний характер міжнародного арбітражного розгляду.

Дані Рекомендації застосовуються в тих випадках і в тій мірі, в якій Сторони на це погодилися. Сторони можуть погоджувати застосування цих Рекомендацій, в цілому або частково, в арбітражній угоді або у будь-який час після її укладення.

Склад арбітражу може також застосувати або використати в якості орієнтиру дані Рекомендації після того, як встановить, що він має повноваження приймати рішення з питань представництва Сторін з метою забезпечення об'єктивності і справедливості арбітражного розгляду. До ухвалення такого рішення Склад арбітражу повинен надати Сторонам можливість висловити свою думку.

Ці Рекомендації не визначають, чи має повноваження Склад арбітражу виносити рішення з питань представництва Сторін і застосовувати Рекомендації за відсутності угоди Сторін із цього питання. Рекомендації не встановлюють, але і не виключають наявності таких повноважень. Саме за Складом арбітражу залишається прерогатива встановлювати наявність чи відсутність у нього повноважень для прийняття рішення з питань представництва Сторін і застосування Рекомендацій.

Представник Сторони, що діє у рамках наданих йому повноважень, діє від імені Сторони, яку він представляє. Звідси випливає, що зобов'язання або обов'язки Представника Сторони є зобов'язаннями або обов'язками Сторони, яку він представляє, і яка, врешті-решт, може зазнати наслідків неналежної поведінки свого Представника.

Представництво Сторін

4. Представникам Сторони слід при першій же нагоді ідентифікувати себе в якості таких перед іншою Стороною або Сторонами і Складом арбітражу. Стороні слід негайно інформувати Склад арбітражу і іншу Сторону або Сторін про будь-які зміни в такому представництві.

5. Після формування Складу арбітражу особа не повинна приймати призначення в якості Представника Сторони в арбітражі, якщо між цією особою і Арбітром існують відносини, що створюють конфлікт інтересів, окрім випадків, коли жодна зі Сторін не заперечуватиме проти цього після належного розкриття інформації про такі відносини.

6. Склад арбітражу може, у разі порушення Рекомендації 5, вжити заходи, необхідні для забезпечення об'єктивності арбітражного розгляду, у тому числі усунути нового Представника Сторони від участі повністю або в частині арбітражного розгляду.

Коментарі до Рекомендацій 4-6

Внаслідок заміни в представництві Сторони в ході арбітражного розгляду, за наявності конфлікту інтересів між новим Представником Сторони та одним або більше Арбітрами, може виникати загроза об'єктивності розгляду. У такому разі Склад арбітражу, за наявності обставин, що змушують до того, і якщо буде визначено, що у Складу арбітражу є необхідні повноваження, може розглянути можливість усунення нового Представника від участі в арбітражному розгляді повністю або в частині. Для встановлення факту існування якого-небудь конфлікту інтересів Склад арбітражу може керуватися Рекомендаціями МАЮ щодо конфлікту інтересів в міжнародному арбітражі.

Перед застосуванням такого заходу важливо, щоб Склад арбітражу надав Сторонам можливість висловити свою точку зору щодо існування конфлікту, об'єму повноважень

Складу арбітражу на вчинення дій відносно такого конфлікту і наслідків заходу, застосування якого розглядається Складом арбітражу.

Спілкування з Арбітрами

7. Якщо інше не погоджено Сторонами, а також з урахуванням виключень, вказаних нижче, Представнику Сторони не слід спілкуватися *ex parte* з Арбітром з питань арбітражу.

8. Представник Сторони може спілкуватися *ex parte* в таких випадках:

- (a) Представник Сторони може спілкуватися з Арбітром, який потенційно може бути призначений Стороною, для визначення його компетентності, досвіду, можливостей, наявності часу, бажання прийняти призначення та наявності потенційного конфлікту інтересів.
- (b) Представник Сторони може спілкуватися з Арбітром, який потенційно може бути призначений або вже призначений Стороною, з метою обрання Головуючого.
- (c) Якщо Сторони погодилися, що таке спілкування є допустимим, Представник Сторони може спілкуватися з потенційним Головуючим для визначення його компетентності, досвіду, можливостей, наявності часу, бажання прийняти призначення і наявності потенційного конфлікту інтересів.
- (d) В той час як спілкування з Арбітром, який може бути потенційно призначений Стороною, або потенційним Головуючим може включати загальний опис спору, Представник Сторони не повинен запитувати думки Арбітра, який потенційно може бути призначений Стороною, або потенційного Головуючого по суті спору.

Коментарі до Рекомендацій 7-8

Рекомендації 7-8 стосуються контактів між Представником Сторони та Арбітром або потенційним Арбітром стосовно арбітражу.

Рекомендації спрямовані на відображення кращих міжнародних практик і, як такі, можуть не відповідати національним практикам арбітражу, що потенційно відрізняються, та які можуть бути більш обмежувачими або, навпаки, дозволяти ширше спілкування *ex parte*.

Спілкування *ex parte*, як цей термін визначений у цих Рекомендаціях, може мати місце тільки за певних обставин, і в інших випадках Представникам Сторін слід утримуватися від будь-якого такого спілкування. Рекомендації не спрямовані на визначення моменту, коли починається або закінчується відповідний період

спілкування. Вони стосуються будь-якого спілкування в контексті або у зв'язку з формуванням Складу арбітражу.

Спілкування *ex parte* з потенційним Арбітром (Арбітром, який призначається Стороною, або Головуючим) має обмежуватися загальним описом спору та отриманням інформації відносно відповідності потенційного Арбітра, про що докладніше мова йде нижче. Представник Сторони не повинен використовувати таку можливість для з'ясування думки потенційного Арбітра по суті спору.

До тем, які є допустимими для Спілкування *ex parte*, що передують призначенню Арбітра, для цілей оцінки його компетентності, досвіду, можливостей, наявності часу, готовності прийняти призначення та наявності потенційного конфлікту інтересів потенційного Арбітра, належать наступні: (a) публікації потенційного Арбітра, в тому числі книги, статті та матеріали конференцій чи домовленості про них; (b) будь-яка діяльність потенційного Арбітра та його юридичної фірми або організації, в якій він працює, яка може викликати обґрунтовані сумніви в незалежності чи неупередженості потенційного Арбітра; (c) загальний опис суті спору; (d) умови арбітражної угоди та, зокрема, будь-які домовленості стосовно місця арбітражу, мови, права чи регламенту, що застосовується до арбітражного провадження; (e) інформація щодо Сторін, Представників Сторін, Свідків, Експертів та зацікавлених сторін, а також (f) орієнтовний розклад та загальний підхід до ведення провадження.

Заяви, адресовані Складу арбітражу, зроблені за відсутності або без відома про це протилежної Сторони або Сторін, можуть допускатися за певних обставин, якщо сторони домовилися про це або відповідно до застосовного права, як наприклад, у разі звернення за застосуванням забезпечувальних заходів.

Зрештою, Представник Сторони може спілкуватися зі Складом арбітражу, якщо інша Сторона або Сторони не стала брати участь у слуханні або провадженні та не представлена в ньому.

Заяви, адресовані Складу арбітражу

9. Представник Сторони не повинен подавати Складу арбітражу жодних завідомих неправдивих заяв стосовно фактів.

10. У випадку, якщо Представнику Сторони стане відомо, що він раніше надав Складу арбітражу неправдиву заяву стосовно фактів, Представнику Сторони слід, з урахуванням умов конфіденційності та професійного привілею, якщо такі перешкоджають цьому, невідкладно виправити таку заяву.

11. Представник Сторони не повинен подавати показання Свідка або Експерта, які, наскільки йому відомо, є неправдивими. Якщо Свідок або Експерт має намір представити або представляє свідчення, про неправдивість яких Представнику Сторони відомо або стає відомо в подальшому, то такий Представник Сторони

повинен невідкладно повідомити Сторону, яку він представляє, про необхідність вжиття коригувальних заходів для виправлення ситуації та про наслідки невиконання цього. Залежно від обставин і з урахуванням умов конфіденційності та професійного привілею, якщо такі переешкоджають цьому, Представнику Сторони слід невідкладно вжити коригувальних заходів для виправлення ситуації, які можуть включати в себе одну або декілька таких дій:

- (a) інформування Свідка або Експерта про необхідність надання правдивих свідчень;
- (b) вжиття розумних заходів для стримування Свідка або Експерта від надання неправдивих свідчень;
- (c) переконування Свідка або Експерта виправити або відкликати неправдиві свідчення;
- (d) виправлення або відкликання неправдивих свідчень;
- (e) відмова від представництва Сторони, якщо цього вимагають обставини.

Коментарі до Рекомендацій 9-11

Рекомендації 9-11 стосуються відповідальності Представника Сторони при поданні заяв та наданні доказів Складу арбітражу. Під цим принципом іноді розуміється зобов'язання бути чесним і порядним по відношенню до Складу арбітражу.

В Рекомендаціях виділяють два аспекти обов'язків Представника Сторони: перший стосується заяв про факти, поданих Представником Сторони (Рекомендації 9 та 10), а другий – показань Свідка або Експерта (Рекомендація 11).

Дані Рекомендації містять два випадки обмеження принципів, встановлених для Представників Сторони відносно заяв, наданих Складу арбітражу. По-перше, Рекомендації 9 та 10 стосуються тільки неправдивих заяв стосовно фактів. По-друге, Представник Сторони повинен дійсно знати про неправдивий характер заяв, що впливає з відповідних обставин.

У відповідності з Рекомендацією 10 Представнику Сторони слід невідкладно виправити неправдиві заяви відносно фактів, надані раніше Складу арбітражу, якщо тільки цьому не переешкоджають вимоги конфіденційності та професійного привілею. Даний принцип також застосовується у разі заміни Представника, якщо новопризначеному Представнику Сторони стало відомо про те, що його попередник зробив неправдиву заяву.

Відносно заяв з питань права, поданих Складу арбітражу, Представник Сторони може наполягати на будь-якому тлумаченні закону, контракту, договору або будь-якого авторитетного джерела, яке на його думку є розумно обґрунтованим.

Рекомендація 11 стосується представлення Складу арбітражу доказів, які, наскільки Представнику Сторони відомо, є неправдивими. Представник Сторони не повинен пропонувати подавати завідомо неправдиві докази та свідчення. Відповідно, як наслідок, Представнику Сторони не слід допомагати Свідку або Експерту в наданні або намагатися вплинути на Свідка або Експерта з метою подання неправдивих доказів Складу арбітражу в усних свідченнях або письмових свідченнях Свідків або Висновках Експерта.

Коментарі до Рекомендацій 9 та 10 в однаковій мірі стосуються і Рекомендації 11. Рекомендація 11 більш детально визначає коригувальні заходи, які Представник Сторони може використати у тому випадку, коли Свідок або Експерт має намір надати або надає докази, які, наскільки Представнику Сторони відомо або стає відомо в подальшому, є неправдивими. Перелік коригувальних заходів, передбачений в Рекомендації 11, не є вичерпним. Такі заходи можуть включати відмову Представника Сторони від ведення справи, якщо цього вимагають обставини. Термін «можуть» у Рекомендації 11 використано з урахуванням того, що певні коригувальні заходи, такі як виправлення або відкликання неправдивих свідчень Свідка або Експерта, можуть бути несумісні з етичними нормами поведінки юристів у деяких юрисдикціях.

Обмін і розкриття інформації

12. Якщо арбітражний розгляд передбачає або ймовірно буде передбачати надання Документів, Представнику Сторони слід проінформувати клієнта про необхідність збереження, наскільки це реально можливо, Документів, включаючи електронні Документи, які за інших обставин могли б бути знищені відповідно до політики зберігання Документів або в ході звичайної діяльності і які потенційно можуть стосуватися арбітражу.

13. Представнику Сторони не слід заявляти жодних Клопотань про надання документів або жодних заперечень проти Клопотань про надання документів з неналежною метою, такою як вчинення тиску або необґрунтоване затягування арбітражного розгляду.

14. Представник Сторони повинен роз'яснити Стороні, яку він представляє, необхідність надання та потенційні наслідки відмови від надання будь-якого Документа, який Сторона або Сторони зобов'язалися надати або який був вилучений.

15. Представнику Сторони слід рекомендувати Стороні, яку він представляє, вжити розумних заходів, а також сприяти такій Стороні у вжитті розумних заходів для забезпечення: (i) проведення розумного пошуку Документів, які Сторона зобов'язалася

надати або які були витребувані, та (ii) надання усіх відповідних Документів, які не захищені професійним привілеєм.

16. Представнику Сторони не слід втаювати або приховувати, так само як і радити Стороні приховувати Документи, про надання яких заявила Клопотання інша Сторона, або які Сторона, яку він представляє, зобов'язалася надати, або які були витребувані у Сторони, яку він представляє.

17. Якщо в ході арбітражу Представнику Сторони стає відомо про існування Документа, який мав бути наданий, але не був наданий, такому Представнику Сторони слід проінформувати Сторону, яку він представляє, про необхідність надання такого Документа і наслідки його ненадання.

Коментарі до Рекомендацій 12-17

Обсяг надання Документів є предметом регулювання Правил МАЮ щодо отримання доказів у міжнародному арбітражі (див. статті 3 і 9). Рекомендації 12-17 стосуються поведінки Представників Сторони у зв'язку з наданням Документів.

Представники Сторони часто не впевнені, чи застосовуються до процесу збереження, збору та надання документів у міжнародному арбітражі їхні відповідні національні стандарти професійної етики, і якщо застосовуються, то в якій мірі. Досить розповсюдженим у практиці є застосування різних стандартів Представниками Сторін в одному й тому арбітражному провадженні. Наприклад, один Представник Сторони може вважати себе зобов'язаним забезпечити, щоб Сторона, яку він представляє, провела розумний пошук і надала усі відповідні Документи, які не захищені професійним привілеєм, а інший Представник Сторони може розглядати надання Документів як обов'язок виключно Сторони, яку він представляє. За таких обставин нерівні умови доступу до інформації або доказів можуть порушити об'єктивність та справедливність арбітражного розгляду.

Рекомендації призначені для вирішення таких труднощів та пропонують стандарти поведінки в міжнародному арбітражі. У них може і не бути необхідності, в разі, якщо Представники Сторін мають схожі уявлення про їх роль при наданні Документів або у випадках, коли Документи не надані або надана їх мінімальна кількість.

Рекомендації призначені сприяти прийняттю об'єктивно розумних заходів для збереження, пошуку та надання Документів, які Сторона зобов'язана розкрити.

Відповідно до Рекомендацій 12-17 Представник Сторони має, виходячи з наявних обставин, рекомендувати Стороні, яку він представляє: (i) ідентифікувати тих осіб, які знаходяться під контролем Сторони та які могли б володіти Документами, які потенційно мають відношення до арбітражу, включаючи електронні Документи; (ii) повідомити таких осіб про необхідність зберігати та не знищувати будь-які такі Документи; та (iii) призупинити чи вжити інші заходи для того, щоб виключити дію

будь-яких правил/практики зберігання Документів або будь-яких інших правил/практик, якщо в силу таких правил/практик Документи, що потенційно мають відношення до арбітражу, можуть бути знищені в ході звичайної діяльності.

Відповідно до Рекомендацій 12-17 Представник Сторони має, виходячи з наявних обставин, рекомендувати і допомагати Стороні, яку він представляє: (i) у запровадженні розумної та адекватної системи збору та перегляду Документів, які знаходяться у володінні осіб, що знаходяться під контролем Сторони, для того, щоб виявити Документи, які мають відношення до арбітражу або які були запитані іншою Стороною; та (ii) у забезпеченні наявності у Представника Сторони копій усіх таких Документів або доступу до них.

В той час як стаття 3 Правил МАЮ щодо отримання доказів у міжнародному арбітражі вимагає надання Документів, що мають відношення до справи та є важливими для її вирішення, Рекомендація 12 стосується тільки Документів, що потенційно мають відношення до арбітражу, оскільки його мета полягає в іншому: коли Представник Сторони рекомендує Стороні, яку він представляє, зберігати докази, такий Представник Сторони, як правило, ще не в змозі оцінити значення Документів, а тому критерій щодо необхідності збереження та збору Документів повинен полягати саме в їх потенційному відношенні до справи.

Зрештою, Представнику Сторони не слід заявляти Клопотання про надання документів або заперечувати проти Клопотання про надання документів, якщо таке клопотання або заперечення спрямоване тільки на вчинення тиску або на отримання документів у цілях, не пов'язаних з арбітражним розглядом, або викликає його необґрунтоване затягування (Рекомендація 13).

Свідки і Експерти

18. Перш ніж намагатися отримати будь-яку інформацію від потенційного Свідка або Експерта, Представнику Сторони слід ідентифікувати себе, а також Сторону, яку він представляє, і причину, через яку запитується інформація.

19. Представнику Сторони слід повідомити будь-якого потенційного Свідка про те, що він має право проінформувати про такий контакт свого власного представника або залучити його для цілей контакту та припинити спілкування з Представником Сторони.

20. Представник Сторони може допомагати Свідкам у підготовці Показань свідків і Експертам у підготовці Висновків Експерта.

21. Представник Сторони повинен прагнути того, щоб Показання свідків відображали власне розуміння Свідком відповідних фактів, подій та обставин.

22. Представник Сторони повинен прагнути того, щоб Висновок Експертів відображав власний аналіз та думку Експерта.

23. Представник Сторони не повинен пропонувати або підштовхувати Свідка до подання неправдивих свідчень.

24. Відповідно до принципу, що надані свідчення повинні відображати власне розуміння Свідком відповідних фактів, подій або обставин, або власний аналіз або думку Експерта, Представник Сторони має право зустрічатися або взаємодіяти зі Свідками й Експертами для того, щоб обговорити та підготувати їхні майбутні свідчення.

25. Представник Сторони може оплачувати, пропонувати оплатити або погоджувати оплату:

- (a) витрат, розумно понесених Свідком або Експертом при підготовці до надання свідчень або під час надання свідчень на слуханні;
- (b) розумної компенсації за втрату часу, понесену Свідком при наданні свідчень і підготовці до надання свідчень; та
- (c) розумної винагороди за професійні послуги Експерта, призначеного Стороною.

Коментарі до Рекомендацій 18-25

Рекомендації 18-25 стосуються взаємодії між Представниками Сторін, Свідками та Експертами. Взаємодія між Представниками Сторін і Свідками також розглядається в Рекомендаціях 9-11, що стосуються заяв, адресованих Складу арбітражу.

Багато юристів, що практикують у сфері міжнародного арбітражу, для цілей дотримання принципу рівності Сторін прагнуть мати прозоріші і передбачувані стандарти поведінки в стосунках зі Свідками та Експертами. Відмінність підходів у різних юрисдикціях може призвести до нерівного положення та загрожувати об'єктивності арбітражного розгляду.

Рекомендації мають на меті відображення кращої практики міжнародного арбітражу відносно підготовки Свідків і Експертів до надання свідчень.

Коли Представник Сторони контактує з потенційним Свідком, він повинен ідентифікувати себе та причину такого контакту, перш ніж звертатися за будь-якою інформацією до потенційного Свідка (Рекомендація 18). Представник Сторони також повинен повідомити будь-якого потенційного Свідка про те, що він має право інформувати свого власного представника про контакт або залучити його до будь-якого подальшого спілкування (Рекомендація 19).

Національні норми професійної етики в деяких країнах встановлюють серйозніші обмеження відносно контактів з потенційними Свідками, щодо яких відомо, що вони мають власних юридичних представників. Наприклад, у деяких юрисдикціях загального права як і раніше заборонені контакти між юридичним представником та

будь-якими потенційними Свідками, що, за інформацією такого юридичного представника, мають власних юридичних представників у конкретному арбітражному провадженні.

Якщо Представник Сторони з'ясовує, що до нього повинні застосовуватися серйозніші обмеження, ніж передбачені даними Рекомендаціями, він може обговорити цю ситуацію з іншою Стороною та/або Складом арбітражу.

Як передбачено Рекомендацією 20, Представник Сторони може надавати допомогу в підготовці показань Свідків і Висновків Експерта, але повинен забезпечити, щоб показання Свідків відображали власне розуміння Свідком відповідних фактів, подій і обставин (Рекомендація 21), і щоб будь-який Висновок Експерта відображав власні погляди, аналіз і висновки Експерта (Рекомендація 22).

Представник Сторони не повинен пропонувати Свідку надавати неправдиві свідчення або підштовхувати його до цього (Рекомендація 23).

У рамках підготовки свідчень в арбітражному провадженні Представник Сторони може зустрічатися зі Свідками та Експертами (чи потенційними Свідками та Експертами) для обговорення їхніх можливих свідчень. Представник Сторони також може допомагати Свідку в підготовці його власних показань або Висновку Експерта. Більше того, Представник Сторони може надавати допомогу Свідкові в підготовці його свідчень у прямому та перехресному опитуванні, у тому числі шляхом опрацювання можливих питань та відповідей на них (Рекомендація 24). Така підготовка може включати огляд процедур, у рамках яких надаватимуться показання свідків, і підготовку до надання свідчень як в прямому, так і перехресному опитуванні. Така підготовка, проте, не повинна впливати на достовірність показань Свідка або Експерта, які завжди повинні відображати власне розуміння Свідком відповідних фактів, подій або обставин, або власний аналіз або думку Експерта.

Нарешті, Представники Сторін можуть оплатити, пропонувати оплатити або погоджувати оплату належної компенсації Свідку за його час і розумної винагороди за професійні послуги Експерта (Рекомендація 25).

Коригувальні заходи при Неналежній поведінці

26. Якщо після повідомлення Сторін і надання їм належної можливості висловити свою позицію, Склад арбітражу визначить, що Представник Сторони допустився Неналежної поведінки, Склад арбітражу, за необхідності, може:

- (a) попередити такого Представника Сторони;*
- (b) зробити відповідні висновки при оцінці доказів, на які посилається такий Представник Сторони, або юридичних аргументів Представника Сторони;*

- (c) *врахувати Неналежну поведінку Представника Сторони при розподілі арбітражних витрат, зі вказівкою, у разі потреби, як і якою мірою Неналежна поведінка Представника Сторони призвела до зміни Складом арбітражу підходу в частині розподілення витрат;*
- (d) *вжити будь-які інші доречні заходи для забезпечення справедливості та об'єктивності розгляду.*

27. При вирішенні питань про Неналежну поведінку Складу арбітражу слід брати до уваги:

- (a) *необхідність забезпечення об'єктивності та справедливості арбітражного розгляду, а також виконуваності арбітражного рішення;*
- (b) *потенційний вплив рішення про Неналежну поведінку на права Сторін;*
- (c) *характер і ступінь тяжкості Неналежної поведінки, у тому числі ступінь впливу Неналежної поведінки на хід розгляду;*
- (d) *добросовісність Представника Сторони;*
- (e) *відповідні міркування стосовно професійного привілею і конфіденційності; а також*
- (f) *ступінь обізнаності Сторони, яка представлена Представником, про Неналежну поведінку та наскільки така Сторона допускала її, керувала нею сама або брала участь у такій Неналежній поведінці.*

Коментарі до Рекомендацій 26-27

Рекомендації 26-27 передбачають можливі коригувальні заходи, що вживаються у разі Неналежної поведінки Представника Сторони.

Їхньою метою є збереження або відновлення справедливості та об'єктивності арбітражу.

Склад арбітражу повинен прагнути до застосування найбільш відповідного коригувального заходу або сукупності заходів, враховуючи, у тому числі, характер і ступінь тяжкості Неналежної поведінки, добросовісність Представника Сторони і Сторони, яку він представляє, вплив прийнятого заходу на права Сторін, а також необхідність забезпечення об'єктивності, ефективності та справедливості арбітражного розгляду і виконуваності арбітражного рішення.

Рекомендація 27 встановлює перелік заходів, який не є вичерпним або обов'язковим, але демонструє необхідність дотримання загального балансу при вирішенні питань про

Неналежну поведінку Представника Сторони для того, щоб гарантувати, що арбітраж здійснюється справедливим і належним чином.

Важливо, щоб Склад арбітражу, перш ніж вжити будь-який коригувальний захід у зв'язку з можливою Неналежною поведінкою, надав Сторонам і відповідному Представнику право бути заслуханим щодо заяви про його Неналежну поведінку.