ГРЕБЕЛЬСКИЙ АЛЕКСАНДР ВЛАДИМИРОВИЧ

управляющий партнер адвокатского бюро «Гребельский и Партнеры», заместитель директора Информационного центра Гаагской конференции по международному частному праву в Москве, преподаватель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России

ЭЛЕКТРОННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

В связи с ростом электронного документооборота особое значение в процессе доказывания в международном коммерческом арбитраже приобрели электронные доказательства. Участникам третейского разбирательства необходимо учитывать специфику электронной информации, в особенности применительно к процедурам ее раскрытия и исследования. Ряд специализированных организаций и арбитражных институтов разработали в помощь арбитрам рекомендательные акты, раскрывающие как существенные свойства самих электронных доказательств, так и порядок их представления в рамках третейской процедуры. Среди таких свойств следует выделить способность электронных доказательств к восстановлению, а также наличие метаданных, обладающих самостоятельным доказательственным значением. Обращение к техническим экспертам, а также использование специального программного обеспечения могут существенно упростить раскрытие электронных доказательств в арбитраже.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, доказательства, представление электронных документов, раскрытие электронных доказательств

1. Роль электронных доказательств в процессе доказывания

Электронный документооборот стал новой реальностью для сторон международных арбитражных разбирательств. Многие участники коммерческих отношений

ALEXANDER V. GREBELSKY

Managing Partner at "Grebelsky and Partners" Law Firm, Deputy Director at the Information Center of the Hague Conference on Private International Law in Moscow, Lecturer at the Department of Private International and Civil Law of MGIMO International Law School

ELECTRONIC EVIDENCE IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Due to the growth of electronic document circulation in international trade electronic evidence became of particular importance in fact-finding in international commercial arbitration. The parties and arbitrators must take into account the specificity of electronic information, particularly with regard to the production and evaluation of such evidence. Many arbitration institutions and specialised bodies dealing with arbitration have designed different practical guidelines to help the participants of the arbitration procedure to comprehend the essential features of electronic evidence and explain the order of their submission in the framework of arbitration procedure. It is necessary to allocate among these features a capacity of electronic evidence to restore in most cases even after their removal by the user, as well as metadata that has its own probative value. The disclosure of electronic evidence may be accompanied by involving technical specialists and experts, as well as using special software in order to avoid the US style discovery and inadvertent disclosure of documents covered by evidentiary privileges.

Keywords: international arbitration, evidence, electronic document production, electronic disclosure, electronic discovery

в настоящее время ведут всю свою документацию в электронном виде, и документы, имеющие непосредственное отношение к существу спора, могут храниться исключительно на электронных носителях. Особую роль в международном арбитраже электронные доказательства играют в силу стремительного роста электронной торговли.

Подтверждением того значения, которое в настоящее время имеет обмен электронными сообщениями в

торговом обороте, является разработка и принятие Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах[1] (далее — Конвенция). Она исходит из признания юридической силы электронных сообщений, в том числе для целей заключения договора (ст. 8). Согласно положениям Конвенции в случаях, когда законодательство требует, чтобы сообщение или договор были представлены в письменной форме, или предусматривает наступление определенных последствий ввиду отсутствия письменной формы, это требование считается выполненным путем представления электронного сообщения, если информация в нем является доступной для последующего использования (ст. 9).

Заметное увеличение количества информации, содержащейся в электронной форме, в сфере международного коммерческого оборота привело к тому, что электронная документация стала частью процесса доказывания. На первый взгляд это также означает, что электронные документы должны обладать тем же доказательственным значением, что и документы на бумаге, а в отношении относимости и допустимости электронных доказательств должны применяться те же принципы. Однако природа электронных доказательств порождает в рамках процедуры доказывания целый ряд проблем, речь о которых и пойдет в настоящей публикации.

2. Электронный документ как письменное доказательство

Из всех разновидностей электронных доказательств наиболее востребованными в международном коммерческом арбитраже являются электронные документы. В соответствии с п. 11.1 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» электронный документ — это документированная информация, представленная в электронной форме, т.е. в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах. Электронный документ следует отличать от электронного сообщения. Согласно указанному Закону электронное сообщение — это информация, переданная или полученная пользователем информационно-телекоммуникационной сети (п. 10 ст. 2).

Российское процессуальное законодательство не оперирует категорией «электронный документ». Документы, полученные посредством факсимильной, электронной или иной связи, в частности с использованием информационно-телекоммуникационной сети Интернет, а также документы, подписанные электронной подписью или иным аналогом собственноручной подписи, рассматриваются здесь в качестве письменных доказательств в случаях и в порядке, которые установлены кодексом, другими федеральными законами, иными нормативными правовыми актами или договором либо определены в пределах своих полномочий Верховным Судом РФ (ч. 3 ст. 75 АПК РФ).

Говоря об определении статуса электронных доказательств в зарубежных правопорядках, в первую очередь следует обратить внимание на страны общего права. Практическое руководство к Правилам гражданского судопроизводства Англии и Уэльса[2] (секция 2(a) Руководства к части 31 Правил гражданского судопроизводства) также относит электронную информацию к документальным (письменным) доказательствам. А вот Поправки в Федеральные правила гражданского процесса США, содержащие в себе руководство по раскрытию электронных доказательств (вступили в силу 1 декабря 2006 г.)[3], оперируют общим понятием «электронная информация» без отнесения ее к письменным или иным видам доказательств.

3. Источники регулирования процедуры раскрытия электронных доказательств в международном арбитраже

В странах, где раскрытие доказательств традиционно происходит по расширенному сценарию (*disclosure* в

[1] Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах заключена в Нью-Йорке в 2005 г. Россия приняла Конвенцию Постановлением Правительства РФ от 24.10.2013 № 940. Текст Конвенции см. на официальном сайте ООН: http://un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/elect_com.shtml (дата обращения: 20.10.2015).

[2] The practice directions to the Civil Procedure Rules. URL: https://justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil (дата обращения: 20.10.2015).

[3] Federal Rules of Civil Procedure (amended December 1, 2013). Rule 26(a), 26(b)(2). URL: http://uscourts.gov/uscourts/rules/civil-procedure.pdf (дата обращения: 20.10.2015).

Англии и *discovery* в США), увеличение массива электронных документов привело к увеличению продолжительности, трудоемкости, а главное — стоимости процедуры установления фактических обстоятельств. Для разрешения этой проблемы стали создаваться особые руководства и правила, целью которых было упрощение процедуры представления электронных доказательств и снижение издержек.

Среди международных арбитражных институций, которые подготовили подобные руководства, прежде всего следует выделить Международный центр по урегулированию споров (*ICDR*), созданный Американской арбитражной ассоциацией (*AAA*). Специальная комиссия по обмену документами и электронными материалами в 2008 г. представила Руководство Международного центра для арбитров по вопросу обмена информацией в международном арбитраже (*ICDR Guidelines for Arbitrators on Exchange of Information*)[4], которое содержит небольшой раздел, посвященный электронным доказательствам. Согласно указанному Руководству раскрывающая доказательство сторона по своему усмотрению выбирает форму представления электронного доказательства. Запрос о раскрытии электронного доказательства должен быть как можно более структурирован: максимально конкретно определять искомое электронное доказательство, чтобы сделать его поиск настолько экономичным, насколько это возможно.

> Весьма популярным инструментом по вопросу раскрытия электронных доказательств является разработанный Королевским институтом арбитров Протокол об электронном раскрытии в арбитраже (*CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration*)[5].

Подход, описанный в Протоколе, получил у иностранных авторов название проактивного управления делом (*pro-active case management*)[6].

Как указано в преамбуле документа, он создавался для использования не во всех третейских разбирательствах, а лишь в тех, где стоимость и срок рассмотрения дела могут иметь существенное значение. Предназначение Протокола заключается в том, чтобы оказать содействие или выступить своеобразным проверочным листом для тех арбитров, сторон и их представителей, которые не слишком знакомы с процедурой раскрытия электронной информации[7]. Документ делает акцент на том, что арбитры совместно со сторонами должны как можно раньше (и никак не позднее предварительного слушания) провести соответствующее обсуждение и выявить те стадии, где может потребоваться раскрытие электронной информации. В Протоколе также обсуждаются вопросы о расходах, которые могут быть понесены сторонами при сборе электронных доказательств. При этом отмечается, что такие расходы должны включаться в состав общих расходов на проведение арбитражной процедуры[8].

> Вопрос о создании рекомендаций по порядку представления электронных доказательств несколько иначе был решен в Международном арбитражном суде Международной торговой палаты (*ICC*).

В апреле 2008 г. Американский национальный комитет Международной торговой палаты, а также Совет США по международному бизнесу попросили Комиссию Международной торговой палаты по арбитражу создать рабочую группу, которая бы изучила практику раскрытия электронных доказательств в международном арбитраже и смогла бы выработать некоторые рекомендации для арбитров и сторон по порядку работы с электронной информацией в третейских разбирательствах .

Результатом деятельности рабочей группы стал подготовленный в 2012 г. Отчет об управлении процедурой представления электронных документов в международном арбитраже[9]. Рабочая группа сделала вывод о том,

---

[4] ICDR Guidelines for Arbitrators on Exchange of Information. URL: https://adr.org/cs/idcplg?IdcService=GET_FILE&dDocName=ADRSTAGE2021624&RevisionSelectionMethod=LatestReleased (дата обращения: 20.10.2015).

[5] CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration. URL: http://ciarb.org/information-and-resources/E-Discolusure%20in%20Arbitration.pdf (дата обращения: 20.10.2015).

[6] См.: *Malinvaud C*. Will Electronic Evidence and E-Discovery Change the Face of Arbitration? // Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publication № 698 / ed. by Giovannini T., Mourre A. Paris, 2009. P. 387.

[7] См.: *Howell D*. Electronic Disclosure in International Arbitration: The CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration // Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publication № 698 / ed. by Giovannini T., Mourre A. Paris, 2009. P. 404.

[8] См.: § 3 (vii) CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration.

[9] ICC Arbitration Commission Report on Managing E-Document Production: ICC Publication No. 860 E. URL: http://iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Managing-E-Document-Production/ (дата обращения: 20.10.2015).

что специальных правил по управлению раскрытием электронных доказательств не требуется (п. 2.2 Отчета) в силу того, что подобные правила могут ограничивать гибкость арбитражной процедуры. Несмотря на такое заключение, Отчет имеет важное практическое значение.

Документ содержит в себе два приложения. В первом описываются некоторые отличительные особенности электронных документов и разъясняется, как они создаются, хранятся, как осуществляется поиск и передача этих документов, а также их удаление. Во втором приложении содержится глоссарий терминов, связанных с электронными доказательствами.

Одновременно в Отчете уточняется, что значительное число подходов к решению вопросов об электронных доказательствах в международном коммерческом арбитраже может быть заимствовано из специальных руководств, разработанных для рассмотрения дел в государственных судах, в особенности в США и Великобритании (упомянутых ранее).

> Однако самый известный из существующих ныне в сфере электронных доказательств рекомендательный документ был разработан в ходе так называемой Седонской конференции, проходившей в США в 2002 г., в рамках которой известные судьи, адвокаты, а также специалисты в области информационных технологий объединились для разработки новых подходов к раскрытию информации в гражданском процессе.

В результате были разработаны Седонские принципы о раскрытии электронной информации (далее — Принципы, Седонские принципы). Первая редакция Принципов была датирована 2004 г., в дальнейшем они были переизданы в 2007 г.[10] Документ оказал серьезнейшее влияние на практические аспекты представления электронных доказательств в международной третейской процедуре.

Принципами вырабатывается пропорциональный стандарт, учитывающий как значимость электронных доказательств, так и сложности, возникающие при поиске электронной информации. Документ базируется на применении электронных поисковых технологий взамен человеческого участия. Сторона, которая запрашивает раскрытие доказательств, должна быть приглашена для участия в процедуре поиска для того, чтобы определить специальные поисковые запросы и правила, в соответствии с которыми указанные запросы будут применяться, а информация будет обрабатываться.

Седонская конференция также попыталась оценить стоимость работы юриста с электронной информацией (приводятся цены по состоянию на 2007 г.): специалисты конференции исходили из того, что один гигабайт информации может содержать примерно 80 тыс. стандартных страниц и что стоимость часа работы советника юридической фирмы составляет порядка 200 долл. В свою очередь, за час работы он может просмотреть порядка 50 документов, состоящих из 10 страниц каждый (500 страниц) (здесь следует иметь в виду, что современные цифровые устройства могут содержать в себе десятки и даже сотни гигабайт информации). Таким образом, стоимость изучения юристами одного гигабайта электронной информации будет составлять порядка 30 тыс. долл.

Не следует забывать, что помимо специальных руководств весьма востребованным актом по вопросу представления доказательств в целом являются Правила о получении доказательств в международном коммерческом арбитраже (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration,* далее — Правила МАЮ, Правила), последняя редакция которых была утверждена Советом Международной ассоциации юристов 29 мая 2010 г.[11] Документ также не обходит своим вниманием электронные доказательства.

Опираясь на указанные источники, теперь, на наш взгляд, следует привести характеристику и основные особенности представления, исследования и оценки электронных доказательств, которые должны учитываться в третейской процедуре.

---

[10] The Sedona Principles (Second Edition) Addressing Electronic Document Production (June 2007). URL: https://thesedonaconference.org/download-pub/81 (дата обращения: 20.10.2015).

[11] Правила Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже: приняты решением Совета Международной ассоциации юристов 29 мая 2010 г. URL: http://ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence (дата обращения: 20.10.2015).

4. Форма представления электронных доказательств

Существенное значение для международного третейского разбирательства имеет разрешение вопроса о форме представления электронных доказательств. Должны ли электронные документы представляться в электронном формате или на бумажном носителе?

Отвечая на этот вопрос, нужно в первую очередь учитывать происхождение электронных доказательств. В соответствии с п. «*b*» ст. 3.12 Правил МАЮ документы, которые сторона хранит в электронной форме, должны быть поданы или представлены в форме, наиболее для нее удобной или экономичной, которая может быть в разумной мере пригодна для использования получателями, если стороны не договорились об ином, а в отсутствие такого соглашения — если состав арбитража не примет иное решение.

> Более типичным в современном международном коммерческом арбитраже является представление документов на электронных носителях, что вызвано в том числе новой редакцией п. «*e*» ст. 2.2 Правил МАЮ 2010 г., регламентирующей порядок проведения консультаций со сторонами по вопросам представления доказательств[12].

В случае, когда состав арбитража распорядился о представлении и бумажных документов в электронном виде, конвертировать электронные документы в бумажную форму не имеет никакого смысла.

Для отдельных видов доказательств единственной формой представления их составу арбитража может быть электронная, а не бумажная. Речь идет о специальных базах данных, а также о файлах из особых «строительных» компьютерных программ, представление которых на бумажных носителях практически невозможно.

Одновременно форма представления электронных документов должна позволять исследовать их в ходе арбитражного разбирательства без обращения к сложным техническим средствам. В отсутствие соглашения сторон о формате файлов электронных документов арбитражный трибунал должен определить, какой из наиболее подходящих форматов следует использовать, либо же принять решение о том, что документы должны быть представлены в том формате, в котором они были созданы[13].

Следует помнить, что арбитры должны иметь возможность получить доступ к электронной информации как в ходе устного слушания дела, так и после его завершения. Поэтому средства для исследования электронных доказательств должны быть доступны составу арбитража не только во время их демонстрации сторонами. Указанную идею реализовал Международный арбитражный суд Международной торговой палаты, чья система *NetCase* позволяет представить все доказательства онлайн. Для каждого разбирательства в системе создается собственная база данных, доступ к которой по всему миру имеют участники конкретного разбирательства. Система *NetCase* позволяет использовать любой браузер для доступа к материалам дела. Кроме того, в ней отражается информация о статусе дела и о других важных характеристиках разбирательства (арбитрах, сторонах, арбитражных расходах и пр.). Стороны имеют возможность размещать свои документы в системе напрямую. В закрытом форуме арбитры могут обсуждать различные вопросы, связанные с разбирательством. *NetCase* также позволяет осуществлять текстовый поиск по представленным документам[14].

5. Метаданные и удаленные документы

Электронная информация, относящаяся к тому или иному документу, состоит из двух частей. Во-первых, это непосредственно сам электронный документ (к примеру, текстовый), а во-вторых — так называемые метаданные. Часто их определяют как информацию об информации. Метаданные включают в себя специальные поля с описанием электронного документа, как то: сведения о его содержании, сведения о датах, в которые документ был создан или изменен,

[12] См.: *Smit R.H.* E-Disclosure under the Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration // International Arbitration Law Review. 2010. Vol. 13. № 5. P. 206.

[13] См.: *Howell D.J.* Op. cit. P. 9.

[14] См.: *Schneider M.E.* A Civil Law Perspective: “Forget E-Discovery!” // Electronic Disclosure in International Arbitration / ed. by Howell D.J. N.Y., 2008. P. 36.

сведения об управлении этим документом на протяжении времени (например, указание на пользователей, которые создали документ, внесли в него изменения или удалили), структуре записей, о его объеме, как в электронном, так и в печатном виде, и т.п.

Седонские принципы рассматривают метаданные в качестве источника доказательств[15]. С этим следует согласиться, поскольку последние, хотя и не всегда бывают доступны в результате простой распечатки документа, зачастую позволяют установить намерения или разумные ожидания сторон, а иногда могут стать свидетельством наличия недобросовестных действий в отношении доказательств[16].

Отчет рабочей группы Международной торговой палаты 2012 г. об управлении процедурой представления электронных документов в международном арбитраже для удобства арбитров и сторон приводит подробную классификацию метаданных. В частности, в нем разъясняется, что одна их часть появляется при помощи программного обеспечения, в котором создается сам документ. Другие метаданные — системные и являются «реакцией» операционной системы или программы на какие-либо действия с файлом. Внедренные метаданные присваиваются документу его создателем. Видимые метаданные следует отличать от скрытых. Так, видимые метаданные электронного почтового сообщения — это указание на лицо, которому оно направлено, от которого оно направлено, указание на лиц, которым были направлены копии сообщения, дата отправления, поле темы и т.п. Скрытые метаданные будут включать в себя путь, который письмо прошло в сети Интернет (указание на несколько серверов), а также *IP*-адрес, с которого письмо было отправлено. Скрытые метаданные могут быть особенно полезной информацией в ситуации, когда речь идет о фальсификации доказательства[17].

В некоторых случаях электронная информация может быть относимым доказательством, но тем не менее не будет доступна в форме, пригодной для исследования (например, будет отсутствовать возможность ее распечатки). Примером такой информации являются удаленные файлы. Особенность обмена электронными документами состоит в том, что информация копируется и повторяется на множестве носителей. Так, электронное письмо первоначально создается на компьютере пользователя, при отправке оно сохраняется на сервере исходящих сообщений компании, в которой работает пользователь, потом попадает на сервер входящих сообщений адресата, затем непосредственно в сам компьютер адресата. Как следствие, электронные документы гораздо более устойчивы к повреждению или уничтожению, чем бумажные. Помещение документа пользователем операционной системы в корзину вовсе не означает его окончательное исчезновение. Информация начинает храниться в другом виде и при необходимости может быть восстановлена в качестве исходного документа.

В случае с такими файлами Седонские принципы требуют от стороны, которая запрашивает восстановление информации, доказать существенность и относимость потенциальных сведений, особенно в их соотношении со стоимостью восстановления. Схожего подхода придерживается Протокол Королевского института арбитров[18].

В качестве иллюстрации описанной проблемы немецкий арбитр М. Шнайдер (*Michael E. Schneider*) приводит арбитражное разбирательство, в котором он принимал непосредственное участие. Одна из сторон спора утверждала, что получила определенный документ посредством электронной почты от лица, выполняющего функции исполнительного органа другой стороны. Противоречия возникли ввиду того, что оригинальное сообщение невозможно было обнаружить. Доказательства передачи сообщения от первого отправителя в адрес первого адресата были утеряны, в то время как впоследствии спорный документ был передан далее по цепочке от адресата сообщения нескольким сотрудникам организации получателя. Проблема заключалась в том, что часть сообщения была потеряна, поскольку первоначальный получатель сократил его объем с целью вычленения полезной информации для дальнейших адресатов. Трудности, с которыми столкнулся состав арбитража в данном деле, проявились в том числе в определении способности электронной информации к восстановлению, поскольку трибуналу

[15] См. раздел 12 Принципов.
[16] *Hill R.D.* The New Reality of Electronic Document Production in International Arbitration: A Catalyst for Convergence? // Arbitration International. 2009. Vol. 25. № 1. P. 97–98.
[17] Пункт «*b*» ст. 4.10 Отчета.
[18] См.: § 9 CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration.

были представлены два противоположных заключения экспертов, каждый из которых придерживался собственной точки зрения на возможность восстановления. Таким образом, без привлечения третьего эксперта состав арбитража не мог разобраться в вопросах, связанных с представленным электронным доказательством. Полученное в итоге заключение содержало подробное описание тех усилий, которые потребовались, чтобы отыскать хоть какие-то следы «неуловимого» электронного письма[19].

6. Обеспечение электронных доказательств

Особые проблемы возникают в связи с сохранением электронной информации. Несмотря на то, что в действительности удалить электронный документ гораздо сложнее, нежели чем документ бумажный, попытки обосновать отсутствие того или иного электронного доказательства простым удалением файла одним из сотрудников с целью очистки почтового ящика, переустановки программ и т.п. являются достаточно распространенными.

Разумеется, каждый из участников коммерческого оборота понимает, что рано или поздно та или иная информация, хранящаяся в электронном виде, может быть востребована в судебном или арбитражном разбирательстве, что требует тщательного контроля и сохранения электронных документов и их систематизации в специальных архивах.

> Первоначально именно процедуры стран общего права в области раскрытия доказательств, в особенности процедура *discovery* в США, потребовали создания новых правил сохранения электронной информации.

Существенное значение для американской системы раскрытия доказательств имеет обязанность по сохранению данных (письменных, электронных документов) с момента, как только сторона узнает, что ей предстоит участвовать в разбирательстве. Обязанность по сохранению электронной информации в американском гражданском процессе возлагается на стороны в самых широких пределах. Этому способствовало решение по делу *Zubulake v. UBS Warburg*[20], в соответствии с которым судья южного округа штата Нью-Йорк, рассматривая дело о нарушении трудовых прав одной из американских сотрудниц швейцарской компании *UBS Warburg*, признал, что несохранение ответчиком электронной переписки с истцом должно трактоваться в пользу истца, в результате чего присяжные присудили ему рекордную компенсацию в 29 200 000 долл. Указанное решение было воспринято большинством потенциальных участников споров в американских государственных судах как обязывающее к сохранению всей электронной документации, которая может впоследствии стать релевантной судебному разбирательству. Это породило создание большого числа компаний и отделов крупных юридических фирм, которые профессионально занимаются сохранением электронной информации, а также содействием сторонам в ее раскрытии в гражданском процессе.

> В отечественном законодательстве обязанность хранить потенциальные электронные доказательства отсутствует, поэтому во избежание утраты электронных документов участникам арбитражного разбирательства следует использовать процедуру обеспечения доказательств.

В силу ч. 1 ст. 102 Основ законодательства РФ о нотариате (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) до возбуждения гражданского дела в суде нотариусом могут быть обеспечены необходимые для дела доказательства (в частности, посредством удостоверения содержания сайта в сети Интернет по состоянию на определенный момент времени), если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным. Следует помнить, что Основы законодательства РФ о нотариате не допускают возможности обеспечения нотариусом доказательств по делам, находящимся в производстве суда. Полагаем, однако, что указанный запрет не распространяется на третейское разбирательство и сторона вправе обратиться к нотариусу за обеспечением

[19] *Schneider M.E.* Op. cit. P. 33.

[20] См.: *Li V.* Looking back on Zubulake, 10 years later // ABA Journal. 2014. 1 Sept. URL: http://abajournal.com/magazine/article/looking_back_on_zubulake_10_years_later/?utm_source=maestro&utm_medium=email&utm_campaign=tech_monthly (дата обращения: 20.10.2015).

электронного доказательства и в ходе процедуры рассмотрения спора в арбитраже.

Состав арбитража также может обеспечить то или иное электронное доказательство или информацию в сети Интернет, руководствуясь среди прочего правилами, аналогичными существующим в государственном гражданском процессе. Однако срок формирования состава зачастую не позволяет рассчитывать на оперативное обеспечение доказательств третейскими судьями, в силу чего нотариальный способ обеспечения выглядит более предпочтительным.

7. Процедура раскрытия и истребования электронных доказательств

Раскрытие электронных доказательств должно происходить в сроки, определенные составом арбитража, по аналогии с другими видами доказательств.

К сожалению, количество подлежащей раскрытию электронной информации может значительно превышать разумные пределы, поскольку в настоящее время условия хранения и передачи этой информации стали гораздо легче, а следовательно, стороне и составу арбитража требуется гораздо больше усилий в ходе исследования электронных доказательств, что может отразиться на сроках и стоимости процедуры.

Правила МАЮ позволяют включать в процедуру запроса и представления информации поисковые слова, название файлов и использовать иные методы, при помощи которых можно идентифицировать конкретные доказательства. Седонские принципы в п. 11 также дают детальное описание тех методов, которые могут быть применены при отыскании электронной информации. В перечисленных документах приводятся алгоритмы, которые по аналогии с поисковыми системами в сети Интернет могут быть использованы при необходимости отыскания того или иного релевантного документа.

> Индустрия в поддержку раскрытия электронных доказательств создала программное обеспечение, которое позволяет специально применять поисковые запросы к документам юридического характера.

С целью уменьшения стоимости данной процедуры сторонам и составу арбитража на раннем этапе следует составить список ключевых слов для поискового запроса, определиться с теми базами данных, которые подлежат исследованию, установить результаты поискового запроса, которые потенциально могут подпадать под доказательственные привилегии, а значит, будут считаться недопустимыми доказательствами.

Поскольку запросы об истребовании доказательств подразумевают более или менее детальное описание истребуемого доказательства, следует принимать во внимание то, что один и тот же документ может храниться в различных электронных архивах или папках. Так, ключевой документ в отношении договорного обязательства может храниться в папке, посвященной договору, либо заседанию совета директоров, либо налогообложению. Кроме того, некоторые базы данных постоянно обновляются, в результате чего проблемы могут возникнуть с экземплярами документов, созданными в их предыдущих версиях. Один и тот же договор может быть представлен в различных версиях, часть из которых могут быть проектными. Также документы могут храниться в различных юрисдикциях, что влияет на потенциальный конфликт законов в отношении их правового регулирования[21].

Для решения этих проблем есть несколько приемов. Например, запросы могут содержать в себе так называемый булев, или логический тип. Такие запросы позволяют совмещать ключевые слова с определенными «операторами» («и», «или», «исключающее или», «но не» и т.п.), которые позволяют искать релевантную информацию с большей точностью. Существуют и более сложные средства для поиска необходимой информации — те, которые используют концептуальные методы поиска или нечеткую логику (*fuzzy logic*). Помимо того, в настоящее время уже имеется специальное программное обеспечение, которое позволяет бороться с многочисленными копиями одних и тех же электронных документов (к примеру, электронных писем).

В некоторых случаях, когда речь идет об электронных базах данных, полезно истребовать образцы электронных документов из определенной базы или опре-

[21] См.: *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. The Hague, 2012. P. 848.

деленного перечня с тем, чтобы понять релевантность получаемых из них сведений арбитражному разбирательству в целом.

В литературе высказывается позиция, согласно которой процессуальные приказы арбитров об истребовании электронных документов могут касаться только доступной электронной информации, т.е. той, которая содержится в актуальном виде на используемых носителях онлайн или офлайн и не требует восстановления из архивных носителей, не удалена, не повреждена и не фрагментирована[22]. Как мы отмечали, ответом на это является правило о том, что сторона, которая просит затребовать информацию подобного рода (архивированную, поврежденную, удаленную), должна доказать, что размер расходов, связанных с этой процедурой, оправдан относимостью и существенностью того доказательства, которое можно будет в итоге получить.

> Кроме самих документов, сторона вправе затребовать также метаданные о них. Однако с учетом более сложного с технической точки зрения порядка представления этих сведений стороне также необходимо доказать существенность и относимость подобных данных к существу спора.

По мнению отдельных авторов, используя свою широкую дискрецию, состав арбитража должен стремиться назначить независимого эксперта в области информационных технологий, который может оказать ему содействие в управлении электронными доказательствами, поисковыми запросами, средствами, позволяющими идентифицировать тот или иной электронный документ или источник, на котором может храниться то или иное доказательство, и т.п.[23] В случае если арбитражный трибунал посчитает необходимым привлечение подобного эксперта, расходы, связанные с его деятельностью, должны быть включены в общий состав арбитражных расходов по делу.

Одним из скрытых рисков, который несет в себе представление электронных доказательств в международном арбитраже, является риск случайного раскрытия информации, обладающей доказательной привилегией (к примеру, конфиденциальной информации), и нарушения законодательства об охране персональных данных[24], предусматривающего запрет на передачу персональной информации в некоторые третьи небезопасные страны. Поэтому важно, чтобы процессуальные приказы о раскрытии информации содержали в себе предупреждение об исключении персональных данных сотрудников той или иной компании. Некоторые виды электронных доказательств, в частности *SMS,* по нашему мнению, обладают доказательственной привилегией уже в силу своего создания.

8. Проблема достоверности электронных доказательств

Процедура проверки электронного документа обычно включает его аутентификацию и идентификацию. Отмечается, что сообщения, полученные по электронной почте, так же как и электронные документы, обладают существенным недостатком — нет уверенности в их достоверности в силу той легкости, с которой в них могут быть внесены изменения, что следует учитывать при оценке информации, получаемой при помощи указанных средств (проверка аутентификации). Зачастую без специальных познаний сложно определить, с какой версией документа вы имеете дело[25]. Похожую проблему представляет установление отправителя электронного документа (т.е. его идентификация)[26]. Технически возможно установить компьютер, с которого был отправлен документ, однако крайне сложно с точностью идентифицировать лицо, которое его отправило. Даже обычный пользователь электронной почты в случае необходимости может воспользоваться чужим электронным адресом для отправки электронного документа своему контрагенту[27]. Таким образом, адрес электронной почты отправителя со-

[22] См.: *Howell D.J.* Op. cit. P. 9.
[23] См.: *Smit R.H.* Op. cit. P. 207.

[24] В Евросоюзе такая информация охраняется Директивой ЕС № 95/46/EC (Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data of 24 October 1995. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31995L0046 (дата обращения: 20.10.2015)). См. также: ст. 24 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».
[25] См.: *Schneider M.E.* Op. cit. P. 32.
[26] См.: *Боннер А.Т.* Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: монография. М., 2013. С. 478.
[27] См. там же.

общения хотя и является реквизитом, идентифицирующим электронный документ, однако не позволяет с достоверностью установить его непосредственного отправителя. На наш взгляд, в отсутствие такой возможности арбитрам следует руководствоваться опровержимой презумпцией того, что отправителем выступал владелец указанного в метаданных электронного почтового ящика.

Для того чтобы с точностью идентифицировать отправителя в деловом обороте, применяется электронная цифровая подпись и иные аналоги собственноручной подписи, такие как пароли, коды, приходящие через *SMS*, и т.п., однако в практике международной торговли их использование не слишком распространено.

Следует ожидать, что растущее число преступлений в сфере информационных технологий, результатом которых является хищение или изменение электронной информации, может оказать свое влияние и на третейское разбирательство, особенно с учетом того, что электронные технологии все больше и больше внедряются в арбитражную процедуру[28].

Например, в марте 2015 г. стало известно, что свыше двенадцати конфиденциальных электронных писем между правительством Казахстана и его юридическим представителем в ряде инвестиционных разбирательств — американской фирмой *Curtis Mallet-Prevost Colt & Mosle*, было похищено в результате хакерской атаки на правительственную сеть республики.

9. Изменения в процедуре доказывания, связанные с популяризацией электронных доказательств. Некоторые выводы

По мнению М. Шнайдера, прикрываясь необходимостью уделить должное внимание электронным доказательствам, англо-американская модель раскрытия постепенно проникает в международный коммерческий арбитраж, чему, как полагает указанный автор, нужно сопротивляться. Согласно его позиции повышенный интерес к вопросам раскрытия именно электронных доказательств отвлекает внимание от тех преимуществ, которые информационные технологии предоставляют процедуре арбитража (хотя последние, по его словам, несут в себе и новые риски)[29].

С немецким автором согласна К. Малинву (*Carole Malinvaud*)[30], которая придерживается той точки зрения, что электронные доказательства не должны изменить «лицо» арбитража. Напротив, электронная информация показывает те опасности, с которыми может столкнуться международный коммерческий арбитраж, если выберет американскую модель раскрытия доказательств.

И все же большинство авторов на сегодняшний день констатируют, что электронные доказательства — относительно молодое для международного коммерческого арбитража средство доказывания, в связи с чем можно делать альтернативные предположения относительно дальнейших перспектив их регулирования.

> Известно, что в настоящее время правила о широком раскрытии доказательств действительно практически не применяются в отношении третейской процедуры. Таким образом, способы, которые используются при работе с электронной информацией в странах общего права, не могут зеркально повторяться в международном арбитраже.

Вместе с тем необходимо учитывать следующее. Стоимость обращения с электронными документами в последнее время начала уменьшаться, так что представление документов на электронных носителях в международном арбитраже уже сейчас стало в несколько раз проще, удобнее и дешевле, нежели чем представление письменных доказательств на носителях бумажных. Это, в свою очередь, бросает вызов арбитрам. Если раньше ограничения на проведение процедуры *disclosure* или *discovery* были связаны в основном с серьезными обременениями, которые возлагались на сторону, обязанную раскрыть всю релевантную документацию, то теперь задача такой стороны упрощается и в какой-то степени ограничения, связан-

[28] См.: *Thomson D*. Curtis-Kazakhstan e-mails hacked by unknowns // Global Arbitration Review. 2015. 1 March. URL: http://globalarbitrationreview.com/news/article/33650/curtis-kazakhstan-e-mails-hacked-unknowns/ (дата обращения: 20.10.2015).

[29] *Schneider M.E*. Op. cit. P. 36.

[30] *Malinvaud C*. Op. cit. P. 388.

ные с моделью представления доказательств в странах общего права, могут уйти в прошлое. Конечно, это повлечет увеличение объема работы самих арбитров, поэтому важно не оставлять здесь поиск правильного баланса, в том числе посредством совершенствования механизма отыскания документов, обладающих признаком относимости к тому или иному запросу или спору в целом.

References

Bonner A.T. Traditional and Non-Traditional Means of Proof in Civil and Arbitration Proceedings [*Tradicionnye i netradicionnye sredstva dokazyvanija v grazhdanskom i arbitrazhnom processe*] (in Russian). Moscow, Prospekt, 2013. 616 p.

Hill R.D. "The New Reality of Electronic Document Production in International Arbitration: A Catalyst for Convergence?" Arbitration International. 2009. Vol. 25. No. 1.

Howell D. "Electronic Disclosure in International Arbitration: The CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration", in: Giovannini T. and Mourre A. (eds.). Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publication No. 698. Paris, Wolters Kluwer, 2009. P. 395–414.

Malintoppi L. "The ICC Task Forse on the Production of Electronic Documents in Arbitration — An Overview", in: Giovannini T. and Mourre A. (eds.). Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publication No. 698. Paris, Wolters Kluwer, 2009. P. 415–422.

Malinvaud C. "Will Electronic Evidence and E-Discovery Change the Face of Arbitration?" in: Giovannini T. and Mourre A. (eds.). Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publication No. 698. Paris, Wolters Kluwer, 2009. P. 373–394.

Schneider M.E. "A Civil Law Perspective: 'Forget E-Discovery!'", in Howell D.J. (ed.). Electronic Disclosure in International Arbitration. New York, Juris Publishing, Inc., 2008. P. 13–37.

Smit R.H. "E-Disclosure under the Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration". International Arbitration Law Review. 2010. Vol. 13. No. 5. P. 201–207.

Waincymer J. Procedure and Evidence in International Arbitration. The Hague, Wolters Kluwer, 2012. 1408 p.

Information about the author

Alexander V. Grebelsky

Managing Partner at "Grebelsky and Partners" Law Firm, Deputy Director at the Information Center of the Hague Conference on Private International Law in Moscow, Lecturer at the Department of Private International and Civil Law of MGIMO International Law School (76 Vernadskogo av., MGIMO University, International Private and Civil Law Department, 119454 Moscow; e-mail: a.grebelsky@gplaw.ru).