

Ф. Карагусов

Опыт участия эксперта по казахстанскому праву
в международном арбитраже:

Особенности участия казахстанских экспертов
в Лондонском коммерческом арбитражном суде
(*LCIA*) и представления экспертных
заключений в арбитражном процессе (обмен
опытом участия).

КазГЮУ

г. Нур-Султан, 20 ноября 2019 года

Программа сессии

- Назначение эксперта (процедурные аспекты; критерии выбора эксперта; стандарты поведения эксперта при исполнении его обязанностей; отличия в стандартах поведения эксперта (*expert witness*) от свидетеля (*witness on facts*)).
- Подготовка экспертного заключения (*expert report*).
- Анализ экспертного заключения, представленного другой стороной в процессе, подготовка ответного экспертного заключения (*reply expert report*).
- Взаимодействие экспертов по подготовке совместного отчета (*joint expert report*).
- Подготовка дополнительного экспертного отчета (*supplemental expert report*).
- Подготовка к участию в процессе.
- Участие в процессе.
- Право на ознакомление с арбитражным решением и связанные с этим обязанности.

Содержание сессии

В ходе сессии предполагается изложение тренером собственного опыта осуществления обязанностей эксперта по казахстанскому праву в процессах, имевших место в рамках Лондонского коммерческого арбитражного суда (*LCIA*).

В частности, предполагается осветить такие аспекты, как условия назначения эксперта, его обязанности и формы их исполнения, взаимоотношения с участвующими в процессе лицами, подготовка экспертного заключения, роль различных лиц в процессе, участие эксперта в слушаниях.

Назначение эксперта: номинирование и назначение

- Кандидат на роль эксперта по национальному праву номинируется юристами, представляющими одну из сторон процесса.
- Такой кандидат номинируется с его согласия и согласия той стороны, чьи юристы предлагают кандидатуру эксперта.
- Эксперт назначается арбитражным трибуналом.
- Возможности заявлений об отводе кандидатуры эксперта или уже назначенного эксперта.
- С момента назначения эксперта у него возникают обязанности, обусловленные таким назначением.
- Права и обязанности эксперта, связанные с его назначением в качестве такового, как правило, оформляются договором с номинировавшими его юристами.

Назначение эксперта: условия номинирования

- Эксперт должен обладать профессиональными знаниями по тем вопросам, по которым он должен представить арбитражу свое заключение.
- Отсутствие конфликта интересов в связи с назначением экспертом.
- Профессиональная репутация эксперта.
- Последовательность эксперта в публичном выражении профессионального мнения / научной позиции в предшествующий назначению период.
- Предпочтительность наличия опыта успешного исполнения функций эксперта по национальному праву в прошлом

Назначение эксперта: обязанности эксперта

Превалирующая над всем остальным обязанность эксперта заключается в том, чтобы помочь арбитражному трибуналу разобраться в тех вопросах, по которым эксперта назначили дать экспертное заключение. В связи с этим любой эксперт по национальному праву в течение всего срока исполнения своих обязанностей должен быть беспристрастным, объективным и независимым от сторон процесса.

При исполнении своих обязанностей эксперт должен:

- применить профессионально обоснованные навыки и необходимую степень осмотрительности при подготовке своего заключения (анализ доктрины, законодательства, судебной и деловой практики, фактических обстоятельств, сопоставление и оценка обоснованности и относимости и др. методы);
- соблюдать применимые стандарты этики и правил осуществления профессии;
- соблюдать установленный арбитражным трибуналом график проведения процесса.

Назначение эксперта: исполнение основной обязанности эксперта

Помогая арбитражу разобраться в поставленных перед экспертом вопросах национального права, эксперт должен руководствоваться следующими ориентирами в исполнении своих обязанностей:

- быть честным, чтобы арбитры верили эксперту;
- быть полезным для арбитров, а не для юристов, представляющих стороны в процессе, и надлежащим образом исполнять свою роль для того, чтобы помочь арбитрам разобраться в вопросах национального права, поставленных перед экспертом;
- быть объективным, выражая только то, во что по-настоящему верит;
- всегда вести себя, сохраняя доверие к себе, быть верным себе.

Назначение эксперта: взаимодействие с юристами, номинировавшими эксперта, (*solicitors*) и юристами, представляющими сторону в процессе(*barristers*)

- Номинировавшие эксперта юристы (*instructing lawyers*) координируют деятельность эксперта и оказывают ему содействие в исполнении его функций, в том числе формулируют вопросы, предоставляют необходимые материалы, документы и информацию, необходимые для экспертного заключения, инструктируют относительно формы заключения, взаимодействия с другими экспертами, линии поведения на слушаниях, и в др. аспектах исполнения обязанности эксперта.
- Номинировавшие юристы (как и юристы представляющие сторону на слушаниях – *barristers*) могут просить эксперта об уточнении выводов, дополнении аргументами и т.п., но не вправе требовать включения в заключение того, что будет свидетельствовать о нарушении экспертом его обязанностей или не соответствует его профессиональному мнению, моральным убеждениям.

Эксперт по национальному праву не является свидетелем относительно фактических обстоятельств

- Эксперт по вопросам национального права (*expert witness*) не является свидетелем относительно фактических обстоятельств (*witness on facts*), в связи с чем содержание обязанностей свидетелей этих двух категорий различается.
- С учетом этого отличаются и некоторые процедурные моменты, а также последствия нарушения этих процедур.
- Клятва (*oath*) и аффирмация (*affirmation*) свидетеля; возможность уголовного преследования за ее нарушение.
- Письменная декларация (*declaration*) о независимости и беспристрастности эксперта по национальному праву; возможные последствия нарушения декларации.

Формы осуществления его обязанностей экспертом по национальному праву

- Взаимоотношения с юристами, представляющими сторону в процессе, (*solicitors*) и юристами, представляющими сторону на слушаниях, (*barristers*).
- Представление декларации о независимости эксперта и соблюдении требований к эксперту.
- Подготовка экспертного заключения (*expert report*), заключения в ответ на заключение другого эксперта по национальному праву (*reply expert report*), дополнительного экспертного заключения (*supplemental expert report*).
- Взаимодействие с другим экспертом по национальному праву (*experts meeting*) и подготовка совместного экспертного отчета (*joint expert report*).
- Участие в слушаниях (*hearings*).

Обычная структура экспертного заключения (*expert report*)

- Вводная часть (информация о квалификации и профессиональном опыте эксперта (*qualification and professional background*); указание на вопросы, по которым дается экспертное заключение (*instructions*); декларация эксперта согласно ст. 21.2 Правил LCIA (*independence, duty and opinion*); перечень документов и материалов, подвергнутых изучению и анализу).
- Формулировка выводов эксперта (*summary conclusions*).
- Экспертное заключение (*opinion*): изложение аргументов в обоснование каждого из включенных в экспертное выводов эксперта (структурированное по-пунктно и с группировкой соответствующих пунктов в отношении каждого из вынесенных экспертом выводов).
- Приложения: CV эксперта и тексты источников, на которые имеется ссылка в заключении, на языке оригинала и с переводом на язык разбирательства.

Ответный отчет (*reply expert report*)

- В некоторых случаях арбитраж может потребовать обмен экспертными заключениями экспертов по национальному праву, назначенных согласно номинациям юристов, представляющих стороны процесса.
- Цель обмена – сблизить позиции экспертов, отраженные в их отчетах.
- Форма исполнения – представление каждым экспертом ответного отчета (*reply expert report*).
- Структура ответного отчета сходна со структурой экспертного отчета.
- Содержание ответного отчета – оценка выводов другого эксперта, отражение согласия или несогласия с ними и объяснение своей позиции по аспектам несогласия. Допустимость корректировки своих выводов, изложенных в первоначальном экспертном заключении.

Совместное обсуждение экспертов (*experts meeting*) и их совместное экспертное заключение (*joint expert report*)

- Организация встречи экспертов. Обязательность получения инструкции для вступления в контакт с другим экспертом.
- Назначение и проведение встречи экспертов; порядок проведения встречи экспертов и оформления ее результатов.
- Цель – сближение позиций экспертов и помощь арбитражному трибуналу в том, чтобы сузить фокус рассмотрения разногласий до уровня таких областей, в которых мнения экспертов расходятся.
- Результат – совместное заключение экспертов (*joint expert report*).
- Содержание совместного заключения – идентификация областей/вопросов, по которым эксперты занимают общую позицию, и вопросов, по которым они не согласны друг с другом с обоснованием того, почему каждый эксперт не согласен со своим коллегой.
- Возможные варианты структуры / формы совместного заключения экспертов.
- Особенности взаимодействия эксперта со своими инструктирующими юристами.

Дополнительный отчет (*supplemental expert report*)

- В некоторых случаях арбитраж может потребовать (либо изначально предусмотреть в утвержденном графике разбирательства), либо юристы (*instructing lawyers*) могут предложить, или эксперт сам может посчитать нужным представить арбитражу дополнительный отчет.
- Цель – дать пояснения по аспектам, возникшим в ходе совместного обсуждения экспертов, анализа ответного экспертного обсуждения другого эксперта, размышлений самого эксперта, которые по его мнению имеют значение для арбитража.
- Форма исполнения – представление экспертом дополнительного отчета (*supplemental expert report*).
- Структура дополнительного отчета сходна со структурой экспертного отчета.
- Содержание ответного отчета – формулировка аспектов, требующих дополнительного пояснения, выводов эксперта по ним, обоснование этих выводов. Допустимость повторения или корректировки своих выводов, изложенных в первоначальном экспертном заключении, ответном экспертном заключении и/или совместном отчете экспертов.

Особенности арбитражных процедур

- Арбитражные процедуры могут варьироваться и определяться с учетом потребностей сторон конкретного спора.
- Процедуры могут определяться в контракте (арбитражном соглашении) между сторонами, иным образом согласованы сторонами; иначе арбитры определяют такую процедуру в соответствии с правилами арбитража.
- Чаще всего арбитры применяют формат так называемой *adversarial procedure*, хотя арбитры могут решить о применении другого подхода, в частности, *inquisitorial approach*.
- Формирование арбитражного трибунала может обуславливаться особенностями арбитража; арбитры могут быть экспертами в соответствующих вопросах.
- Конфигурация зала для слушаний: обычно арбитры располагаются во фронтальной части, а стороны – по разным сторонам от арбитров; эксперты / свидетели находятся по центру и, как правило, лицом к арбитрам.
- Эксперт/свидетель может быть приведен к присяге или аффирмации, либо арбитры могут сказать ему, что от него ожидается говорить правду (от эксперта – исполнения его обязанности в отношении трибунала). Возможно требование арбитров о подписании соответствующей декларации, либо включение такой декларации в содержание экспертного заключения.
- Если стороны не согласились об ином, никого иного, кроме сторон, не может находиться в зале во время слушаний; арбитраж представляет собой частное мероприятие и является конфиденциальным.

Участие в слушаниях: особенности разрешения споров

- В судах обычно применяется такой подход к разрешению споров, который основан на активной роли суда в выяснении обстоятельств и доказательств (*inquisitorial system*), когда судьи задают вопросы, для того, чтобы выяснить обстоятельства дела, мнение экспертов и доказательства позиции сторон.
- В арбитражах, как правило, используется иной подход, в соответствии с которым борьба происходит между сторонами спора, чьи представители задают вопросы, а арбитры наблюдают и решают, какая из сторон выиграла в этой борьбе (*adversarial system*).
- В связи с этим определяется и особенности ведения слушаний по арбитражным делам и участия в них экспертов и свидетелей.
- От имени сторон вопросы задаются барристерами, и различаются три стадии участия эксперта / свидетеля: основной допрос (*examination-in-chief*), перекрестный допрос (*cross-examination*) и повторный допрос (*re-examination*).

Подготовка к участию в слушаниях

Надлежащая подготовка к участию в слушаниях является принципиально важным для надлежащего представления и снижает стресс, возникающий при даче показаний. Она должна включать в себя повторное изучение всего, что было подготовлено экспертом к моменту участия в слушаниях, включая:

- повторный анализ всех своих отчетов, приложений к ним и документов, которые были изучены при подготовке отчетов;
- *due diligence*, в том числе - всегда имея в виду контекст: почему я это сказал, чем это подкреплено / подтверждено?;
- идентификацию всех своих ключевых выводов и моментов, чтобы в ходе допросов неизбежно придерживаться их и не позволить барристерам увести в сторону от них (в том числе, опираясь на *relevance test*);
- идентификацию своих слабых пунктов, в отношении которых либо признать их слабость либо объяснить, почему они слабы;
- обдумывание используемой терминологии и того, как ее объяснить арбитрам, чтобы они понимали используемые термины.

Отдельно необходимо решить ряд практических моментов: перепроверка времени и места, когда и куда надо прибыть для участия в слушаниях; определиться с маршрутом и условиями прибытия на слушания; продумать свою одежду; не забыть очки для чтения и какие-то медицинские препараты, которые могут понадобиться; выработать манеру / модель держаться во время слушаний и допросов; что иметь с собой, когда поступит приглашение к допросам и другие подобные моменты.

Допрос эксперта / свидетеля

- *Examination-in-chief*: этот начальный допрос проводится барристером, представляющим сторону, которая номинировала данного эксперта. Ранее представленное арбитражу экспертное заключение или заявление свидетеля является основой для этого допроса, и обычно барристер задает вопросы дополнительного или уточняющего характера для лучшего уяснения позиции эксперта арбитрами. Чаще всего эта стадия слушаний ограничивается представлением эксперта арбитражному трибуналу, и сразу же предлагается перейти к перекрестному допросу.
- *Cross-examination* проводится барристером, представляющим другую сторону в процессе. Это наиболее важная стадия, требующая от эксперта особенной внимательности, осторожности и соблюдения техники участия в таком виде допроса.
- *Re-examination*: это стадия, когда барристер, проводивший начальный допрос может задать вопросы, направленные на уточнение некоторых моментов, появившихся в ходе перекрестного допроса.
- Вопросы арбитров и повторное представление заключения эксперта. Иногда арбитры тоже задают вопросы, очень редко эксперта / свидетеля могут пригласить для повторного представления своих выводов / свидетельских показаний.

Арбитры – самые важные персоны в процессе

- Самыми важными персонами являются арбитры: это они, кого следует убедить в своих выводах и аргументах. Поэтому всегда смотрите на арбитров, говорите им и никогда не говорите, обращаясь напрямую к барристеру, который ведет допрос.
- Обращайтесь к председателю арбитражного трибунала: “*Sir / Madame*”.
- Отвечая на любой вопрос, объясняя что-либо, испытывая давление с чьей бы ни было стороны, всегда помните, что Вы должны только арбитрам, только им адресованы все Ваши действия.
- Арбитрам необходимо знать от эксперта следующее:
 - 1) каковы ключевые моменты его экспертного заключения;
 - 2) контекст, с учетом которого сформулирован именно такой вывод эксперта (на вопрос о том, почему сделан такой вывод, следует ответить, что он таким сформулирован в силу определенных обстоятельств, перечислить такие факты и объяснить их относимость к этому выводу, указать на все, что привело к каждому конкретному выводу).
- Говорите арбитрам то, что им нужно от Вас услышать, а не то, что им интересно.
- Всегда дождитесь, когда все внимание арбитров обращено к Вам, и только потом начинайте говорить.

Некоторые важные аспекты взаимоотношений с барристерами, ведущими перекрестный допрос

- Говоря о барристере или обращаясь к нему, называйте его “*Counsel*”.
- Используйте материалы дела, не полагайтесь на свою память.
- Не пытайтесь отвечать на вопросы, о которых не знаете. Лучше сказать: “*I don't know*”.
- Никогда не гадайте о чем-либо.
- Если Вы дали ответ на какой-то вопрос, и он Вас устраивает, придерживайтесь его всегда, не меняйте его, даже когда барристер пытается заставить Вас поменять его.
- Лучше дать неопределенный ответ, чем неправильный.
- Помните о том, что при перекрестном допросе барристеры используют широкий спектр техник допроса, чтобы дискредитировать эксперта, вызвать у арбитров недоверие к нему и неверие в его выводы и аргументы; будьте готовы к этому и не позволяйте (1) себе перейти на личности и (2) барристеру отвести Вас от Ваших ключевых выводов (всегда возвращайтесь к ним).
- Целесообразно овладеть и адекватно применять технику ответов на гипотетические, множественные или запутывающие вопросы, на попытки перефразировать Ваши слова, на сопоставление Вас с другими экспертами, на перебивания речи, на поторапливание, на выпады с целью задеть Ваше самолюбие и т.п.
- Если задаются вопросы или делаются заявления, критикующие Ваше профессиональное мнение, то (1) будьте готовы к таким и (2) не принимайте их на свой счет (они не должны задевать лично Вас и Ваши чувства).
- Никогда не вступайте в спор, перепалку или иной конфликт с барристером. Говорите о своих выводах, но не обсуждайте себя.
- В ходе перекрестного допроса или ответов на иные вопросы (кроме случая, когда Вы должны на него смотреть во время озвучивания им вопросов к Вам) никогда не смотрите на «своего» барристера (того, кто представляет номинировавшую сторону спора).

Право на ознакомление с арбитражным решением

- Эксперт может получить копию окончательного арбитражного решения по делу, в котором он выступал в качестве эксперта по национальному праву или экспертом по иным вопросам.
- Но это возможно с согласия стороны, номинировавшей соответствующее лицо в качестве эксперта в этом процессе.
- В отношении такого арбитражного решения у арбитра возникают обязанность по сохранению конфиденциальности и ответственность за нарушение этой обязанности.
- Факт ознакомления эксперта с таким решением и его содержанием не позволяют возникновения у эксперта каких-либо прав, в частности, на отстаивание своих выводов и защиту своей репутации.

Есть ли у участников тренинга какие-либо вопросы по теме данной сессии?

Есть ли какие-то моменты по теме тренинга, которые участники сессии хотели бы обсудить более детально?

Спасибо за участие в сессии и за внимание!