



Генеральная Ассамблея

Distr.: LIMITED

A/CN.9/WG.II/WP.108
14 January 2000
RUSSIAN
ORIGINAL: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
Рабочая группа по арбитражу
Тридцать вторая сессия
Вена, 20–31 марта 2000 года

УРЕГУЛИРОВАНИЕ ТОРГОВЫХ СПОРОВ

Возможные единообразные положения по некоторым вопросам, касающимся
урегулирования торговых споров: согласительная процедура, обеспечительные меры,
письменная форма арбитражного соглашения

Доклад Генерального секретаря

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
ВВЕДЕНИЕ	1–10	3
I. СОГЛАСИТЕЛЬНАЯ ПРОЦЕДУРА	11–62	6
A. Общие замечания.....	11–15	6
B. Рассмотрение вопросов в Комиссии.....	16–17	7
C. Вероятные вопросы, по которым можно подготовить единообразные положения	18–62	7
1. Допустимость некоторых видов доказательств в последующем судебном или арбитражном разбирательстве.....	18–28	7
2. Роль посредника в арбитражном или судебном разбирательстве.....	29–33	10
3. Приведение в исполнение соглашений об урегулировании	34–42	11
4. Другие возможные вопросы для согласования режима	43–62	14

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
II. ВОЗМОЖНОСТЬ ПРИВЕДЕНИЯ В ИСПОЛНЕНИЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР	63–108	19
A. Общие замечания.....	63–68	19
B. Право на принятие временных мер	69–72	21
C. Доводы в пользу возможности приведения в исполнение решения арбитражного суда о принятии обеспечительных мер	73–80	22
D. Рассмотрение данного вопроса в Комиссии	81–82	24
E. Законодательные решения, применяемые в настоящее время	83–91	25
F. Возможное согласование решений	92–101	27
G. Сфера действия обеспечительных мер, которые могут быть предписаны арбитражным судом, и процедуры вынесения постановления о таких мерах.....	102–108	30

[Глава III "Требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения" будет опубликована в документе A/CN.9/WG.11/WP.108/Add.1.]

ВВЕДЕНИЕ

1. В ходе своей тридцать первой сессии Комиссия провела 10 июня 1998 года специальное юбилейное заседание – День Нью-Йоркской конвенции – в ознаменование сороковой годовщины принятия Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года). Кроме представителей государств – членов Комиссии и наблюдателей в этом мероприятии приняли участие около 300 приглашенных. Вступительное слово произнес Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций. Помимо выступлений бывших участников дипломатической конференции, на которой была принята Конвенция, на заседании были заслушаны доклады ведущих экспертов в области арбитража, в которых рассматривались вопросы популяризации Конвенции, ее законодательного введения в действие и применения. Некоторые доклады касались проблем, выходящих за рамки самой Конвенции, в частности взаимосвязи Конвенции с другими международно-правовыми документами по международному торговому арбитражу, а также реальных трудностей, с которыми приходится сталкиваться на практике, но которые не нашли отражения в действующих законодательных или незаконодательных текстах об арбитраже¹.
2. В докладах, представленных на юбилейном заседании, были выдвинуты различные предложения о представлении Комиссии некоторых возникших на практике проблем, с тем, чтобы она могла рассмотреть вопрос о желательности и целесообразности проведения работы по этой тематике.
3. На своей тридцать первой сессии в 1998 году Комиссия, с учетом дискуссий, состоявшихся в ходе проведения Дня Нью-Йоркской конвенции, сочла целесообразным рассмотреть вопрос о возможной будущей работе в области арбитража на своей тридцать второй сессии в 1999 году. Она обратилась к Секретариату с просьбой подготовить записку, которая послужила бы основой для обсуждения Комиссией этого вопроса².
4. На своей тридцать второй сессии Комиссия имела в своем распоряжении подготовленную записку, озаглавленную "Возможная будущая работа в области международного торгового арбитража" (документ A/CN.9/460). Эта записка была составлена с учетом идей, предложений и соображений, высказанных на различных форумах, в частности в ходе проведения Дня Нью-Йоркской конвенции, Конгресса Международного совета по торговому арбитражу (Париж, 3–6 мая 1998 года)³ и других международных

¹ *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects* (United Nations publication, Sales No. E.99.V.2).

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункт 235.*

³ *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 9*, Kluwer Law International, 1999.

конференций и форумов, например лекции 1998 года по теме "Новые горизонты"⁴. В записке освещается ряд вопросов и проблем, возникающих в арбитражной практике, которые могли бы стать предметом обсуждения в Комиссии, чтобы помочь ей решить, не будет ли целесообразным включить какие-либо из них в ее программу работы.

5. Комиссия выразила признательность Секретариату за подготовку этой записки и за возможность обсудить вопрос о желательности и целесообразности дальнейшего развития международного торгового арбитражного права. По общему мнению, настало время оценить обширный и позитивный опыт принятия на национальном уровне Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год) и использования Арбитражного и Согласительного регламентов ЮНСИТРАЛ, а также определить в рамках универсального форума, каковым является Комиссия, приемлемость идей и предложений в отношении совершенствования арбитражных законов, регламентов и практики.

6. Комиссия рассмотрела следующие возможные темы для работы:

- a) Согласительная процедура (A/CN.9/460, пункты 8–19; A/54/17, пункты 340–343);
- b) Требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения (A/CN.9/460, пункты 20–31; A/54/17, пункты 344–350);
- c) Применимость арбитража (A/CN.9/460, пункты 32–34; A/54/17, пункты 351–353);
- d) Иммунитет суверена (A/CN.9/460, пункты 35–50; A/54/17, пункты 354–355);
- e) Объединение дел в арбитражных судах (A/CN.9/460, пункты 51–60; A/54/17, пункты 356–357);
- f) Конфиденциальность информации в арбитражном разбирательстве (A/CN.9/460, пункты 62–71; A/54/17, пункты 358–359);
- g) Выдвижение требований в целях зачета (A/CN.9/460, пункты 72–79; A/54/17, пункты 360–361);
- h) Решения арбитражных судов "сокращенного состава" (A/CN.9/460, пункты 80–91; A/54/17, пункты 362–363);
- i) Ответственность арбитров (A/CN.9/460, пункты 92–100; A/54/17, пункты 364–366);
- j) Полномочия арбитражного суда по присуждению процентов (A/CN.9/460, пункты 101–106; A/54/17, пункты 367–369);
- k) Расходы на арбитражное разбирательство (A/CN.9/460, пункты 107–114; A/54/17, пункт 370);

⁴ Gerold Hermann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" *Arbitration International*, vol. 15 (1999), No. 3, page 211.

l) Приведение в исполнение обеспечительных мер (A/CN.9/460, пункты 115–127; A/54/17, пункты 371–373);

m) Возможное приведение в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно вынесено (A/CN.9/460, пункты 128–144; A/54/17, пункты 374–376).

7. На различных этапах дискуссии в дополнение к темам, указанным в документе A/CN.9/460, в качестве потенциально заслуживающих рассмотрения Комиссией на определенном этапе в будущем были упомянуты несколько других тем (A/54/17, пункт 339).

8. Во время обсуждения вопрос относительно окончательной формы будущей работы Комиссии не конкретизировался. Было принято решение, что вопрос о форме работы следует решать позднее, после того как прояснятся существенные аспекты предлагаемых решений. Единообразные положения могут быть разработаны в форме законодательного текста (например, типовых законодательных положений или договора) или незаконодательного текста (например, типовых договорных положений или практического руководства). При этом подчеркивалось, что, даже если будет рассматриваться вариант международного договора, такой договор не будет направлен на изменение Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). Было высказано мнение о том, что, даже если в конечном счете не будет разработано никакого нового единообразного текста, углубленное обсуждение данного вопроса делегатами, представляющими в Комиссии все основные правовые, социальные и экономические системы, – возможно, с выдвижением предложений относительно единообразного толкования – позволит внести полезный вклад в развитие практики международного торгового арбитража. Рассмотрение Комиссией этих вопросов отражено в документе A/54/17 (пункты 337–376 и 380).

9. По завершении обсуждения вопроса о будущей работе в области международного коммерческого арбитража было решено, что приоритетными темами для Рабочей группы должны стать согласительная процедура (A/54/17, пункты 340–343), требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения (A/54/17, пункты 344–350), возможность приведения в исполнение обеспечительных мер (A/54/17, пункты 371–373) и возможность приведения в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно было вынесено (A/54/17, пункты 374–375). Предполагалось, что Секретариат подготовит для первой сессии Рабочей группы необходимую документацию хотя бы по двум, а возможно, и по трем из этих четырех тем. Что касается других тем, рассмотренных в документе A/CN.9/460, а также тем возможной будущей работы, предложенных на тридцать второй сессии Комиссии (A/54/17, пункт 339), которым был придан более низкий приоритет, то решение о времени и способе их рассмотрения должна принять Рабочая группа.

10. Комиссия поручила эту работу рабочей группе под названием "Рабочая группа по арбитражу", установила время ее работы (с 20 по 31 марта 2000 года) и просила Секретариат подготовить для нее необходимую документацию. Настоящий документ подготовлен в соответствии с этой просьбой.

I. СОГЛАСИТЕЛЬНАЯ ПРОЦЕДУРА

A. Общие замечания

11. Термин "согласительная процедура" употребляется здесь как широкое понятие, обозначающее процедуру, при которой независимое и беспристрастное лицо или группа лиц помогает сторонам в споре достичь мирного соглашения. Согласительная процедура отличается от переговоров между сторонами в споре (которые обычно проводятся после возникновения спора) тем, что при согласительной процедуре в урегулировании спора оказывается независимая и беспристрастная помощь, тогда как в переговорах между сторонами по урегулированию спора такая помощь третьего лица отсутствует. Различие между согласительной процедурой и арбитражем заключается в том, что согласительная процедура заканчивается либо урегулированием спора по договоренности сторон, либо неудачей, тогда как при арбитраже арбитражный суд выносит обязательное для сторон решение, если стороны не смогли до этого договориться об урегулировании спора.

12. Согласительная процедура в вышеуказанном смысле предусмотрена и регулируется в ряде регламентов арбитражных и иных учреждений, специализирующихся на применении различных форм альтернативных методов разрешения споров, а также в Согласительном регламенте ЮНСИТРАЛ, принятом Комиссией в 1980 году. Этот Регламент широко применяется и служит в качестве типового для регламентов многих учреждений.

13. Согласительная процедура, при которой стороны в споре в попытке достичь урегулирования соглашаются на помощь, может быть различной в тех или иных частностях, в зависимости от того, какой метод сочтен наиболее эффективным для содействия достижению урегулирования между сторонами. Тем не менее такая процедура, как она рассматривается в настоящем документе, характеризуется наличием независимой и беспристрастной помощи в достижении мирного урегулирования спора и тем, что если сторонам не удастся разрешить спор, то не принимается никакого обязательного решения.

14. На практике такую согласительную процедуру называют по-разному, в том числе нередко "посредничеством" или с использованием терминов аналогичного смыслового содержания. Употребляется также понятие "альтернативное разрешение споров", которое охватывает различные варианты разрешения споров согласительными методами, в отличие от методов, имеющих обязательную силу, например арбитража. В настоящем документе термин "согласительная процедура" употребляется как синоним всех этих процедур. Сюда входят такие процедуры "альтернативного разрешения споров", для которых характерны вышеназванные признаки.

15. Согласительная процедура все чаще применяется на практике в различных странах мира, в том числе в регионах, где еще десять или двадцать лет назад она обычно не использовалась. Эта тенденция, например, нашла отражение в создании ряда частных и государственных органов, предлагающих заинтересованным сторонам услуги по содействию в мирном урегулировании споров. Эта тенденция, наряду с растущим стремлением в различных регионах мира распространить согласительную процедуру как метод урегулирования споров, привела к дискуссиям, выявившим потребность в согласовании на международном уровне юридических решений, которые направлены на развитие согласительной процедуры.

В. Рассмотрение вопросов в Комиссии

16. При рассмотрении Комиссией вопроса о своей возможной будущей работе в области согласительной процедуры (A/54/17, пункт 340) было достигнуто общее согласие относительно особой важности следующих трех вопросов: допустимость некоторых доказательств в последующем судебном или арбитражном разбирательстве; роль посредника в последующем арбитражном или судебном разбирательстве; и процедуры приведения в исполнение соглашений об урегулировании. Широкую поддержку получило также мнение о том, что помимо этих трех тем заслуживает рассмотрения и вопрос о возможном приостановлении течения исковой давности в результате начала согласительных процедур.

17. В Комиссии возобладало мнение о целесообразности изучения возможности выработки единообразных законодательных правил в целях оказания поддержки все более широкому использованию согласительной процедуры (A/54/17, пункт 342). При этом отмечалось, что, хотя ряд вопросов (таких как допустимость некоторых видов доказательств в последующем судебном или арбитражном разбирательстве или роль посредника в последующих разбирательствах) могут быть, как правило, разрешены путем ссылки на соответствующие регламенты, такие как Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ, имеется много случаев, когда страны не договорились о применении какого-либо регламента такого рода. Таким образом, согласительному процессу может принести пользу разработка факультативных законодательных положений, которые будут применяться в случае взаимного желания сторон обратиться к согласительной процедуре, но в отсутствие договоренности о каком-либо согласительном регламенте. Кроме того, в странах, где юридическая сила договоренности в отношении допустимости некоторых видов доказательств вызывает сомнения, единообразное законодательство могло бы послужить полезным источником для уточнения. В дополнение было указано, что в отношении таких вопросов, как содействие приведению в исполнение соглашений об урегулировании, достигнутых в результате согласительной процедуры, и воздействие согласительной процедуры на приостановление течения исковой давности, уровень предсказуемости и определенности, необходимый для содействия расширению применения согласительных процедур, может быть обеспечен только путем принятия соответствующего законодательства.

С. Вероятные вопросы, по которым можно подготовить единообразные положения

1. Допустимость некоторых видов доказательств в последующем судебном или арбитражном разбирательстве

18. В ходе согласительной процедуры стороны обычно выдвигают предложения и высказывают мнения относительно возможного урегулирования спора, делают признания или проявляют готовность достичь соглашения. Если, несмотря на такие усилия, согласительная процедура не приводит к урегулированию и стороны возбуждают судебное или арбитражное разбирательство, эти мнения, предложения, признания или проявления готовности достичь соглашения могут быть использованы в ущерб высказавшей их стороне. Опасения в связи с вероятностью такой "утечки" некоторых фактов, которые могут выявиться в ходе согласительной процедуры, могут помешать сторонам предпринимать активные попытки достичь урегулирования в ходе согласительной процедуры, что способно значительно снизить ее эффективность.

19. Для решения этой проблемы в статью 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ включено положение, которое гласит:

"Стороны обязуются не приводить и не представлять в качестве доказательств в арбитражном или судебном разбирательстве, независимо от того, касается ли это разбирательство спора, являющегося предметом согласительной процедуры:

- a) мнения или предложения, высказанные другой стороной в отношении возможности урегулирования спора;
- b) признания, сделанные другой стороной в ходе согласительной процедуры;
- c) предложения посредника;
- d) тот факт, что другая сторона проявила готовность принять предложение об урегулировании, сделанное посредником".

20. Если стороны не используют согласительный регламент или пользуются регламентом, который не содержит положение, аналогичное предусмотренному в статье 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, во многих правовых системах стороны могут столкнуться с отмеченной выше проблемой. Даже если стороны согласились с положением, аналогичным содержащемуся в статье 20, нет уверенности в том, что соглашение относительно доказательств будет иметь полную силу в суде. Чтобы помочь сторонам в такой ситуации, в некоторых юрисдикциях приняты законы, не позволяющие использовать в последующем судебном или арбитражном разбирательстве определенные доказательства, относящиеся к предшествующей согласительной процедуре. Некоторые из этих законов сформулированы по аналогии со статьей 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ.

21. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности разработки единообразного положения по этой проблеме и о выборе подхода при выработке такого положения.

22. Одним из таких возможных подходов могло бы стать включение в законодательство прямого признания соглашения сторон по аналогии с вышеназванной статьей 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ. Такое решение было бы направлено на устранение любой неопределенности в отношении того, могут ли стороны договариваться не использовать в арбитражном или судебном разбирательстве в качестве доказательств некоторые факты, обнаруженные в ходе согласительной процедуры. Это решение позволило бы также сторонам самим устанавливать степень возможного использования этих фактов в качестве доказательств за рамками согласительной процедуры. Однако такой подход привел бы к тому, что, если стороны будут участвовать в согласительной процедуре, не договорившись о применении положения об использовании доказательств, аналогичного содержащемуся в статье 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, рассмотрение в последующем состязательном разбирательстве мнений, предложений, признаний, сделанных в ходе согласительной процедуры, не может быть предотвращено.

23. Можно использовать другой подход, если исходить из того, что некоторые обстоятельства согласительной процедуры не могут служить в качестве доказательства в

судебном или арбитражном разбирательстве, даже если стороны не договорились о применении положения, аналогичного содержащемуся в статье 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ. Здесь возможны два решения: а) согласно одному, в законодательство будет включено положение о том, что доказательства в виде фактов, аналогичных указанным в статье 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, не будут признаваться в качестве доказательств и что раскрытие этих фактов не должно быть затребовано судом или арбитражем; б) согласно другому, можно установить, что подразумеваемым условием соглашения о применении согласительной процедуры будет обязательство сторон не использовать в любом арбитражном или судебном разбирательстве в качестве доказательства факты, аналогичные указанным в статье 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ.

24. В принимающем соответствующие нормы государстве на практике большой разницы между применением прямого положения относительно использования доказательств по варианту а) и положения о "подразумеваемом согласии" по варианту б), по-видимому, нет. Однако между ними может быть различие в иностранном государстве, где проходит последующее судебное или арбитражное разбирательство. Положение по варианту а), принятое в государстве А, может не признаваться в государстве В, тогда как, если в соглашении о применении согласительной процедуры подразумевается обязательство сторон не использовать те или иные доказательства, такое обязательство может признаваться в государстве В.

25. Независимо от выбора подхода, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности уточнения того, надо ли устанавливать ограничения на допустимость доказательств, если все стороны, участвующие в согласительной процедуре, позднее согласятся на их использование.

26. Можно также рассмотреть вопрос о том, надо ли устанавливать, чтобы в случае использования любого доказательства в нарушение законодательного положения арбитраж или суд могли по своему усмотрению выносить соответствующее постановление по этой проблеме. Таким постановлением может быть, например, постановление о запрете использования доказательств или постановление о прекращении дела по процедурным мотивам без ущерба для существа дела.

27. В некоторых законодательствах помимо положения, аналогичного содержащемуся в статье 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, содержится положение, касающееся документов, которые составляются для проведения, в ходе проведения или по итогам проведения согласительной процедуры. В этих законодательствах устанавливается, что такие документы не признаются в качестве доказательства и что использование таких документов не может быть затребовано арбитражем или судом по гражданским искам. Рабочая группа могла бы рассмотреть вопрос, какие практические последствия могут вытекать из такого положения с учетом того, что положение о запрете использования фактов, о которых идет речь в статье 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, будет иметь большей частью те же последствия, что и положение о запрете использования в качестве доказательства документов, которые были подготовлены для проведения, в ходе проведения или по итогам проведения согласительной процедуры.

28. В некоторых правовых системах сторону нельзя заставить представить в судебном разбирательстве документ, имеющий "привилегированный" статус, как, например, переписку между клиентом и его адвокатом. При этом, однако, такая привилегия может считаться утраченной, если сторона будет пользоваться привилегированным документом в ходе разбирательства. Поскольку привилегированные документы могут представляться в ходе согласительной процедуры с целью содействия достижению урегулирования и для того, чтобы не затруднять использование привилегированных документов в ходе согласительной процедуры, Рабочая группа могла бы рассмотреть вопрос о целесообразности разработки единообразного положения, устанавливающего, что использование привилегированного документа в ходе согласительной процедуры не означает отказа от привилегии.

2. Роль посредника в арбитражном или судебном разбирательстве

29. Сторона может не выражать активного стремления к урегулированию спора в ходе согласительной процедуры, если ей приходится учитывать возможность того, что в случае неудачного исхода этой процедуры посредник может быть назначен в качестве представителя (или адвоката) другой стороны или в качестве арбитра в последующем арбитражном или судебном разбирательстве. Сторона может быть столь же пассивна, если посредник может выступать в качестве свидетеля в последующих разбирательствах. Ознакомление посредника с некоторыми фактами, обнаруженными в ходе согласительной процедуры (например, с предложениями по урегулированию спора и признаниями), может нанести ущерб одной из сторон, если посредник будет использовать или представлять эту информацию в ходе последующего разбирательства. По этой причине Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ содержит статью 19, которая гласит:

"Стороны и посредник обязуются, что посредник не будет выступать в качестве арбитра или в качестве представителя или адвоката какой-либо из сторон в любом арбитражном или судебном разбирательстве в отношении спора, являющегося предметом согласительной процедуры. Стороны обязуются также, что они не будут привлекать посредника в качестве свидетеля в ходе такого разбирательства".

30. Однако в некоторых случаях предварительное ознакомление арбитра может рассматриваться сторонами как преимущество, особенно если они считают, что такое ознакомление позволит арбитру вести дело более эффективно. В таких случаях стороны могут фактически предпочесть, чтобы в качестве арбитра в последующем арбитражном разбирательстве был назначен посредник, а не кто-либо иной. Положение, содержащееся в статье 19 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, не ставит препятствий для такого назначения бывшего посредника, если стороны по взаимной договоренности решают отойти от этого положения. Такой договоренностью явилось бы совместное назначение посредника в качестве арбитра.

31. Учет соображений, которые резюмируются в предшествующем пункте, привел к тому, что в некоторых юрисдикциях были приняты законодательные положения по образцу статьи 19 с указанием на то, что это положение не является обязательным.

32. Рабочая группа может пожелать рассмотреть вопрос о целесообразности разработки единообразного законодательного положения по этому вопросу. Если это будет сочтено

необходимым, потребуется рассмотреть вопрос о том, следует ли в подобном положении устанавливать, что стороны и посредник будут считаться взявшими обязательство о том, что посредник не станет участвовать ни в каком арбитражном или судебном разбирательстве (в качестве арбитра, представителя, адвоката или свидетеля), или же в этом положении следует установить прямой запрет на участие посредника в таких последующих разбирательствах. В обоих случаях Рабочая группа могла бы установить, что договоренность сторон может отменить такое вмененное обязательство или такой запрет. Что касается ограничения допустимости свидетельских показаний посредника в суде или арбитраже, то Рабочая группа могла бы обсудить вопрос о необходимости внесения оговорок в такое ограничение. Например, можно рассмотреть вопрос о допустимости привлечения посредника к даче свидетельских показаний о фактах, упомянутых в статье 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, для получения доказательств в подтверждение других обстоятельств (например, мошенничества).

33. Можно также обсудить еще один вопрос – следует ли ограничить это положение участием арбитра "в отношении спора, являющегося предметом согласительной процедуры". Имеется в виду, что в случае заключения разных, но коммерчески и фактически тесно связанных друг с другом договоров участие посредника в арбитражном или судебном разбирательстве может быть ограничено применительно к одному договору, но не будет запрещено применительно к другим смежным договорам, в отношении которых на участие посредника могут распространяться те же или аналогичные ограничения. Распространение такого ограничения на группу договоров вызывает такие вопросы, как определение связи между договорами и оправданность преимуществ включения такого положения в сравнении с потенциально далеко идущими ограничениями, вытекающими из него.

3. Приведение в исполнение соглашений об урегулировании

34. Многие практические участники урегулирования споров придерживаются того мнения, что согласительная процедура стала бы намного привлекательнее, если бы достигнутое в ходе такой процедуры урегулирование имело такую же или аналогичную исполнительную силу, как и арбитражное решение. Приведение в исполнение соглашений об урегулировании можно было бы упростить и ускорить путем распространения на такие соглашения исполнительного режима, регулирующего приведение в действие арбитражных решений. Как правило, это означало бы, что соглашения об урегулировании с помощью согласительной процедуры приводились бы в исполнение судом без повторного рассмотрения вопросов факта или существа (за исключением, возможно, вопроса о противоречии публичному порядку).

35. При оценке преимуществ придания урегулированию, достигнутому в ходе согласительной процедуры, силы правооснования может возникнуть вопрос о целесообразности наделения такой силой соглашений об урегулировании с помощью согласительной процедуры с учетом того, что любое урегулирование, достигнутое с помощью согласительной или иной процедуры, имеет обязательную силу и подлежит исполнению как договор. Следует признать, что, как правило, при наличии договоренности об урегулировании получить судебное постановление или арбитражное решение бывает относительно легко (во всяком случае, легче, чем в случае, когда стороны в споре не достигли договоренности). Тем не менее перспектива траты денег и времени на приведение в

исполнение достигнутых договоренностей через суд или арбитраж делает согласительную процедуру менее привлекательной. По аналогичным соображениям выдвигаются предложения, а в некоторых государствах приняты законы, которые направлены на упрощение приведения в исполнение договоренностей, достигнутых с помощью согласительной процедуры.

36. Возможным способом получения правооснования для исполнения достигнутой договоренности и избежания состязательного разбирательства могли бы стать назначение сторонами, достигшими договоренности об урегулировании, посредника в качестве арбитра и сведение арбитражного разбирательства к фиксации достигнутого урегулирования в форме арбитражного решения на согласованных условиях (как это предусмотрено, например, в пункте 1 статьи 34 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ). Однако в ряде правовых систем такой подход может столкнуться с препятствием, когда после достижения договоренности об урегулировании и, как результат, разрешения спора уже невозможно возбудить арбитражное разбирательство. Для устранения такого препятствия в законодательстве можно прямо разрешить сторонам соглашения об урегулировании, несмотря на прекращение спора, возбуждать арбитражное разбирательство с целью просить арбитра (которым может стать бывший посредник) зафиксировать достигнутое урегулирование в форме арбитражного решения на согласованных условиях.

37. Для обеспечения прямого решения и избежания необходимости возбуждения арбитражного разбирательства, при котором достигнутое урегулирование было бы оформлено в виде арбитражного решения на условиях договоренности, в законодательстве некоторых стран устанавливается, что соглашение об урегулировании, достигнутое с помощью согласительной процедуры, следует, в целях приведения его в исполнение, рассматривать как арбитражное решение и в таком качестве приводить в исполнение. Например, по законодательству одного государства, соглашение об урегулировании должно, для целей приведения его в исполнение в этом государстве, рассматриваться как арбитражное решение, достигнутое по арбитражному соглашению, и может в таком качестве приводиться в исполнение; в законодательстве другого государства устанавливается, что письменное соглашение об урегулировании имеет такой же статус и такую же юридическую силу, как если бы оно было арбитражным решением на согласованных условиях по существу спора, вынесенным арбитражным судом.

38. В отношении законодательного положения, распространяющего на соглашения об урегулировании, достигнутые с помощью согласительной процедуры, исполнительный режим, применимый к арбитражным решениям, возникает вопрос о том, как отличить договоренности, которые должны получить такой специальный статус, от договоренностей (возможно, достигнутых с помощью третьего лица или иной процедуры), которые не должны иметь такого специального статуса.

39. Законы, содержащие законодательное положение, которое распространяет на договоренности, достигнутые с помощью согласительной процедуры, исполнительный режим, регулирующий арбитражные решения, не устанавливают четкого и прямого определения или различия для таких договоренностей в результате согласительной процедуры. Ответ, однако, можно получить дедуктивным путем на основе следующих соображений: закон устанавливает согласительные процедуры и требует, чтобы посредником

выступало независимое и беспристрастное лицо, то есть приводиться в исполнение как арбитражное решение могут только те соглашения об урегулировании, которые достигнуты с помощью установленных законом процедур. В законодательстве одного государства устанавливается также дополнительное требование о том, чтобы посредник "подтверждал подлинность соглашения об урегулировании и передавал его копию каждой из сторон". В других законодательствах устанавливается, что "если результат согласительной процедуры оформлен письменно и подписан посредником или посредниками и сторонами или их представителями, то такое письменное соглашение рассматривается как арбитражное решение". В одном законодательстве устанавливается, что "если стороны арбитражного соглашения" достигают договоренности об урегулировании их спора с помощью согласительной или иной процедуры и заключают письменное соглашение, содержащее условия урегулирования, то такое соглашение об урегулировании должно рассматриваться как арбитражное решение. На основании этого положения можно заключить, что специальным исполнительным статусом могут пользоваться только договоренности об урегулировании, достигнутые между сторонами, заключившими арбитражное соглашение, предметом которого является данный спор. Наконец, положения о приведении в исполнение договоренностей, достигнутых с помощью согласительной процедуры, находятся в сфере действия законодательства по торговому арбитражу. Это означает, что исполнительный режим, применимый к арбитражным решениям, может распространяться только на согласительные договоренности по коммерческим вопросам.

40. Возможны дополнительные факторы, которые можно было бы рассматривать как отличительные элементы тех договоренностей, которые должны приводиться в исполнение как арбитражные решения. Одним из таких элементов может быть требование о том, чтобы соглашение об урегулировании, подписанное сторонами и посредником, содержало "оговорку об исполнении". Преимущество такого требования состоит в том, что стороны в этом случае предупреждены, что, подписывая мировое соглашение, они выбирают иную процедуру приведения его в исполнение, нежели процедуры, обычно применимые к режиму приведения в исполнение договоров.

41. Как отмечалось выше, термин "согласительная процедура" включает различные виды разбирательства, в том числе "посредничество". Поэтому представляется целесообразным, чтобы, независимо от того, какое определение используется для обозначения подлежащих исполнению договоренностей, такое определение было достаточно широким и охватывало любые разбирательства, которые могут называться "согласительной" или иной процедурой, если такие процедуры отвечают необходимым критериям. При рассмотрении такого определения примером может служить статья 7 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ (которая воспроизводится в пункте 61, ниже). Кроме того, Рабочая группа, возможно, примет во внимание, что, в зависимости от решений, которые будут приняты по другим вопросам согласительной процедуры, изложенным ниже, характер определения согласительной процедуры может иметь существенное значение для вопросов применения.

42. Дополнительным и важным с практической точки зрения вопросом, который, возможно, пожелает обсудить Рабочая группа, является вопрос о том, должны ли соглашения о мировом соглашении, объявленные в законодательстве одной страны как подлежащие исполнению, иметь такой же или аналогичный статус в других странах. Если будет поставлена цель разработать международный исполнительный режим, то традиционным

механизмом для ее достижения может стать международный договор. В то время как преимуществом заключения международного договора может быть внесение определенности в этот вопрос, то недостатком будет, например, трудность его принятия достаточным числом стран в обозримый период времени. Поэтому Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о разработке типовых законодательных положений как надлежащего механизма согласования законодательства, подобно тому как для регулирования приведения в исполнение внутренних и иностранных арбитражных решений используются статьи 35 и 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

4. Другие возможные вопросы для согласования режима

43. В дополнение к обсуждению возможных единообразных положений по вышеназванным темам Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности – с точки зрения поощрения и распространения согласительной процедуры – разработки согласованных типовых положений по другим смежным проблемам, кратко изложенным ниже.

а) Допустимость или желательность применения арбитрами согласительной процедуры

44. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ не решает вопроса о том, разрешается ли арбитрам, а если да, то в какой степени поднимать в ходе арбитражного разбирательства вопрос о возможности достижения урегулирования.

45. В Комментариях ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства отмечается:

"Существуют различные мнения в отношении целесообразности использования третейским судом возможностей мирового соглашения. С учетом различий в практике в этой области, третейскому суду следует проявлять осмотрительность, предлагая провести переговоры о мировом соглашении. Для третейского суда может оказаться удобным планировать разбирательство таким образом, чтобы это способствовало продолжению или началу переговоров о мировом соглашении" (пункт 47).

46. В некоторых государствах, желающих уточнить, что, при согласии сторон, содействие со стороны арбитров достижению мирного урегулирования спора не является нарушением арбитражных процедур, были приняты положения о том, что если арбитражный суд будет поощрять достижение мирного урегулирования спора и что, при согласии сторон, арбитражный суд может применять процедуру посредничества, согласительную процедуру или другие процедуры для поощрения достижения договоренности, то эти действия не являются несовместимыми с арбитражным соглашением.

47. Другие юрисдикции пошли еще дальше, включив в свое законодательство положения, поощряющие арбитражные суды выступать посредниками между сторонами с целью их примирения, без прямой увязки такого поощрения с согласием сторон.

48. Ввиду различий в практике и разных позиций в этом вопросе будет, вероятно, нелегко выработать одну унифицированную норму, которая получила бы одинаковую поддержку в

разных юрисдикциях. Если Рабочая группа все же сочтет, что целесообразно разработать типовое законодательное положение или положения, то полезно было бы выделить три возможные концепции такого положения. Согласно одной концепции, это положение ограничивалось бы признанием того, что арбитражный суд может проводить разбирательство и устанавливать его сроки таким образом, чтобы график работы суда способствовал проведению переговоров о мирном урегулировании спора, но чтобы при этом сам суд не предлагал их и не принимал в них участия. Вторая концепция может заключаться в признании за арбитражным судом дискреционного права рекомендовать сторонам попытаться урегулировать спор, но при этом арбитражный суд не должен участвовать в таких переговорах. Еще одна концепция предполагает установление того, что если арбитражный суд предложит сторонам урегулировать спор и будет в той степени, в какой на это согласятся стороны, участвовать в усилиях по достижению договоренности об урегулировании спора, это не является несовместимым с функциями арбитражного суда.

b) Влияние соглашения о применении согласительной процедуры на судебное или арбитражное разбирательство

49. Статья 16 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ устанавливает:

"Стороны обязуются не возбуждать во время согласительной процедуры арбитражное или судебное разбирательство в отношении спора, который является предметом согласительной процедуры, с тем, однако, что сторона может возбудить арбитражное или судебное разбирательство в том случае, когда, по ее мнению, такое разбирательство необходимо для охраны ее прав".

50. В некоторых юрисдикциях приняты законодательные положения по примеру этой нормы, однако, в отличие от формулирования их в виде обязательства сторон, как это сделано в процитированной статье 16, в них установлено, что во время согласительной процедуры стороны не возбуждают какого бы то ни было арбитражного или судебного разбирательства в отношении спора, который является предметом согласительной процедуры, при том, однако, что сторона может возбудить арбитражное или судебное разбирательство, если, по ее мнению, такое разбирательство необходимо для охраны ее прав. В других законодательствах, напротив, устанавливается, что соглашение о проведении согласительной процедуры считается договоренностью о приостановке всех судебных или арбитражных разбирательств от начала согласительной процедуры до ее завершения. Как представляется, употребленное в этих законодательствах слово "приостановка" надо понимать как приостановку любого проводимого судебного или арбитражного разбирательства, а также как запрет на возбуждение нового разбирательства. Если Рабочая группа сочтет целесообразным разработать единообразное положение, ограничивающее стороны в отношении возбуждения арбитражного или судебного разбирательства, то может возникнуть необходимость дать определение того момента, когда согласительная процедура будет считаться начатой (такое определение можно сформулировать по аналогии со статьей 2 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ).

51. В той мере, в какой принятый сторонами согласительный регламент прямо разрешает или предполагает разрешение стороне в любое время прекратить согласительную процедуру (либо неформально, либо путем письменного заявления), законодательное положение,

препятствующее возбуждению арбитражного или судебного разбирательства, будет малоэффективным в том смысле, что сторона сможет преодолеть такое препятствие путем прекращения согласительной процедуры. Если же участие в согласительной процедуре рассматривается как обязанность (что в некоторых странах предусмотрено законом, причем с обязательным сроком действия) или если установлены ограничения на право прекращения согласительной процедуры (например, до внесения первого предложения об урегулировании), то законодательное положение, сформулированное по примеру статьи 16 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, может стать реальным препятствием для возбуждения арбитражного или судебного разбирательства.

52. В национальном законодательстве отражены разные позиции в отношении обязательного характера соглашения о применении согласительной процедуры или в отношении установленной законом обязанности участвовать в согласительной процедуре до обращения к состязательным процедурам разбирательства споров. В некоторых странах введена концепция обязательного участия сторон в споре в согласительной процедуре, с тем чтобы способствовать примирению сторон и сократить использование состязательных процедур арбитражного или судебного разбирательства. В свете сказанного Рабочая группа, возможно, пожелает объединить рассмотрение вопроса о разработке типового законодательного положения, ограничивающего возбуждение арбитражного или судебного разбирательства, с обсуждением вопроса о целесообразности (и если да, то в какой степени) считать обязательным участие сторон в согласительной процедуре (в том смысле, что право сторон отказаться от участия в согласительной процедуре или прекратить ее оговаривалось бы сроками или условиями) и о желательности разработки Комиссией согласованных руководящих принципов на этот счет для законодательных органов. Подход, использованный по этому последнему вопросу в Согласительном регламенте ЮНСИТРАЛ, состоит в том, что сторона может в любое время прекратить согласительную процедуру путем направления письменного заявления другой стороне и посреднику. Такой подход выбран главным образом потому, что, несмотря на общую политику стимулирования применения согласительной процедуры, согласительная процедура по урегулированию спора, в котором хотя бы одна из сторон не проявляет готовности достичь договоренности, вряд ли будет иметь шансы на успех и что деньги и время, израсходованные в таких случаях, возможно, будут потрачены напрасно.

c) Влияние согласительной процедуры на течение исковой давности

53. Статья 16 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, приведенная в пункте 49, выше, основана на том предположении, что согласительная процедура не прерывает течения исковой давности. Цель статьи 16 состоит в том, чтобы дать возможность проводить согласительную процедуру и одновременно позволить кредитору обеспечить охрану своих прав путем возбуждения арбитражного или судебного разбирательства. В противном случае кредитор может оказаться в невыгодном положении, когда в его интересах будет прекратить согласительную процедуру и начать судебное или арбитражное разбирательство не потому, что согласительная процедура не дает надежды на успешное разрешение спора, а потому, что кредитор не захочет идти на риск провала согласительной процедуры, в то время как его права окажутся нереализуемыми в результате истечения срока исковой давности. В некоторых правовых системах кредитор и должник могут решить эту дилемму путем заключения соглашения о продлении срока исковой давности; такое соглашение позволяет

кредитору продолжить участие в согласительной процедуре без риска утратить права в результате истечения срока. Однако такие договоренности между кредитором и должником разрешены не во всех правовых системах.

54. Как отмечается, в случае если разрешается возбуждение арбитражного или судебного разбирательства хотя бы лишь в целях сохранения прав, оно сопряжено с издержками, что может ослабить готовность сторон пойти на соглашение. Поэтому, как утверждается, было бы предпочтительным, чтобы уже само начало согласительной процедуры по закону приостанавливало течение исковой давности. В некоторых юрисдикциях принято соответствующее законодательство.

55. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности разработки единообразного положения о влиянии согласительной процедуры на течение исковой давности. Если разработка такого положения будет признана желательной, то следует иметь в виду, что такое положение должно охватывать все сроки, истечение которых может затронуть права, такие как сроки исковой давности.

d) Связь между посредником и сторонами; передача информации

56. В ходе арбитражного разбирательства арбитр должен проявлять равное отношение к сторонам, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции. Этот принцип (воплощенный в статье 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ) не позволяет арбитру поддерживать связь или встречаться с одной стороной, игнорируя при этом другую сторону. Однако в согласительной процедуре (где спор может быть разрешен лишь путем соглашения между сторонами, а не на основании обязательного для сторон решения) столь строгая норма не считается обязательной, и практически общепризнано, что посредник может встречаться или поддерживать связь с обеими сторонами одновременно или с каждой из них в отдельности. Возможность такой раздельной связи посредника с любой из сторон предусмотрена в пункте 1 статьи 9 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, который гласит:

"Посредник может предложить сторонам встретиться с ним или может поддерживать связь с ними в устной или письменной форме. Он может встречаться или поддерживать связь с обеими сторонами одновременно или с каждой из них в отдельности".

57. Некоторые государства включили этот принцип в свое национальное законодательство о согласительной процедуре, предусмотрев, что посредник может поддерживать связь со сторонами совместно или в отдельности.

58. Еще одним отражением принципа равного отношения к сторонам является общепризнанный в качестве неотъемлемой части арбитражной процедуры (и содержащийся в статье 24 Типового закона ЮНСИТРАЛ) принцип, согласно которому любая информация фактического характера, касающаяся спора, полученная арбитражным судом от одной из сторон, должна быть передана другой стороне, с тем чтобы предоставить каждой стороне все возможности для изложения своей позиции. И вновь в рамках согласительной процедуры считается допустимым некоторое смягчение этого принципа. Так, например, в статье 10 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ предусмотрено следующее:

"В случае, когда посредник получает от одной из сторон информацию фактического характера, касающуюся спора, он передает существо этой информации другой стороне, с тем чтобы последняя могла иметь возможность представить посреднику любые объяснения, которые она считает полезными. Поскольку, однако, сторона сообщает какую-либо информацию посреднику под прямым условием о конфиденциальности этой информации, посредник не должен передавать ее другой стороне".

59. Некоторые государства включили принцип, содержащийся в статье 10 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, в свое законодательство о согласительной процедуре. В связи с этим возникает один вопрос, касающийся случая, когда посредник, получивший информацию под прямым условием о конфиденциальности этой информации, позднее становится арбитром по тому же спору (поскольку согласительная процедура закончилась безрезультатно и посредник на законных основаниях назначен арбитром). В подобном случае можно считать целесообразным или необходимым передачу информации всем сторонам в соответствии с общими принципами, применимыми в отношении арбитражного разбирательства. В некоторых законах, позволяющих посреднику получать информацию под прямым условием о конфиденциальности, предусматривается, что, когда согласительная процедура заканчивается без урегулирования, арбитр, получивший такую информацию, должен передать такую часть этой информации, которая, по его или ее мнению, имеет существенное значение для арбитражного разбирательства.

60. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности разработки а) типового положения, позволяющего посреднику встречаться или поддерживать связь с обеими сторонами одновременно или с каждой из них в отдельности, и б) типового положения, согласно которому посредник не передает всем сторонам информацию, полученную от одной из сторон под прямым условием о конфиденциальности. Возможное преимущество этих положений заключается в том, что они могут устранить сомнения в правомерности процедур, предусмотренных в статьях 9 и 10 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, и если согласительная процедура имеет определенные последствия (например, возможность приведения в исполнение мирового соглашения или прерывание срока исковой давности), эти последствия в случае использования таких процедур не будут поставлены под сомнение.

е) Роль посредника

61. В нормах о согласительной процедуре часто содержатся принципы, которыми посредник должен руководствоваться при ведении этой процедуры. Например, в статье 7 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ предусматривается следующее:

"1) Посредник независимо и беспристрастно оказывает сторонам помощь в их стремлении достичь мирного урегулирования их спора.

2) Посредник руководствуется принципами объективности, непредвзятости и справедливости, учитывая, среди прочего, права и обязанности сторон, соответствующие торговые обычаи и связанные с данным спором обстоятельства, включая сложившуюся между сторонами деловую практику.

3) Посредник может вести согласительную процедуру таким образом, какой он считает надлежащим, учитывая обстоятельства дела, пожелания сторон, включая просьбу стороны о том, чтобы он заслушал устные заявления, и необходимость скорейшего урегулирования спора.

4) Посредник может на любой стадии согласительной процедуры вносить предложения об урегулировании спора. Не требуется, чтобы такие предложения делались в письменной форме и сопровождались изложением мотивов".

62. В рамках национального законодательства ряда стран некоторые из этих руководящих принципов включены в их национальные законы о согласительной процедуре. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности разработки типового положения, содержащего такие принципы. Такое положение могло бы оказаться полезным, поскольку оно способствовало бы согласованию стандартов согласительной процедуры и тем самым облегчало и поощряло бы ее использование в международной торговле.

II. ВОЗМОЖНОСТЬ ПРИВЕДЕНИЯ В ИСПОЛНЕНИЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР

A. Общие замечания

63. По просьбе одной из сторон арбитражные суды, прежде чем вынести арбитражное решение по данному спору, часто выносят приказ об обеспечительных мерах. Такие меры, направленные против одной из сторон или обеих сторон, именуются как "обеспечительные меры", "предварительные приказы", "промежуточные арбитражные решения", "охранительные меры" или "предварительные запретительные меры". Цели таких мер различны и могут включать следующее:

а) *Меры, направленные на содействие проведению арбитражного разбирательства*, такие как приказы, требующие от одной из сторон предоставить возможности для сбора определенных доказательств (например, предоставить доступ в помещения для проверки конкретных товаров, имущества или документов); приказы для одной из сторон о сохранении доказательств (например, не производить определенные изменения на площадке); приказы сторонам и другим участникам арбитражного разбирательства о сохранении конфиденциальности разбирательства (например, хранить материалы дела в определенном месте под замком или не разглашать время и место слушания).

б) *Меры во избежание убытков или ущерба и меры, направленные на сохранение определенного состояния дел до разрешения спора*, такие как приказы продолжать осуществление контракта на период проведения арбитражного разбирательства (например, приказ подрядчику продолжать строительные работы, несмотря на его утверждение о том, что он имеет право на приостановление этих работ); приказы воздерживаться от принятия каких-либо мер до вынесения арбитражного решения; приказы о сохранении товаров (например, о принятии конкретных мер по обеспечению сохранности, о продаже скоропортящихся товаров или о назначении распорядителя активов); приказы о принятии надлежащих мер во избежание утраты какого-либо права

(например, об уплате сборов, необходимых для продления срока действия права на интеллектуальную собственность); приказы, касающиеся очистки загрязненной площадки.

с) *Меры по содействию последующему приведению в исполнение арбитражного решения*, такие как наложение ареста на активы и аналогичные меры, направленные на сохранение активов в пределах юрисдикции, в рамках которой предполагается привести в исполнение арбитражное решение (наложение ареста может касаться, например, материальной собственности, банковских счетов или требований об уплате); приказы о запрете вывоза активов или предмета спора за пределы юрисдикции; приказы о помещении на общий счет оспариваемой суммы или о передаче оспариваемого движимого имущества на хранение третьему лицу; приказы стороне или сторонам о предоставлении обеспечения (например, гарантии) арбитражных издержек или приказы о предоставлении обеспечения в размере всей или какой-либо части суммы, причитающейся с данной стороны.

64. Обеспечительные меры могут касаться активов или имущества, находящихся в пределах юрисдикции, в рамках которой проводится арбитражное разбирательство, или за ее пределами.

65. Приведенный выше перечень возможных обеспечительных мер не является исчерпывающим. Арбитражные правила, предусматривающие вынесение приказов о таких мерах, обычно не содержат строгого и точного определения сферы действия мер, приказ о которых может вынести арбитражный суд. Арбитражные правила часто содержат довольно широкие формулировки; например, в них в целом предусматривается, что арбитражному суду разрешается принимать временные меры, которые, по его мнению, необходимы в связи с предметом спора; в некоторых случаях приводятся примеры мер, которые могут быть приняты (например, пункт 1 статьи 26 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ). Некоторые правила в широких формулировках наделяют арбитражный суд правом на временной основе, при условии окончательного определения в арбитражном решении, выносить приказ о каком-либо средстве судебной защиты, которое арбитражный суд был бы вправе предоставить в арбитражном решении.

66. Временный характер обеспечительных мер находит свое отражение в предположении (которое также содержится в некоторых законах об арбитраже) о том, что любая временная мера, принятая в приказе арбитражным судом, может быть пересмотрена или изменена этим арбитражным судом и что в любом случае она должна быть подчинена окончательному решению арбитражного суда, причем такое решение должно учитывать любые ранее принятые в приказе обеспечительные меры. Однако обеспечительная мера сама по себе может иметь окончательные и существенные последствия, которые нельзя аннулировать даже в том случае, если эта мера позднее была изменена или оказалась излишней в свете окончательного арбитражного решения.

67. Решение о некоторых обеспечительных мерах принимаются *ex parte*, то есть по заявлению одной из сторон без заслушивания другой затрагиваемой стороны перед принятием такого решения. В статутах арбитражных судов обычно не содержатся положения о возможности принятия решения о мерах *ex parte* и не указывается, решение о каких видах мер могут быть приняты *ex parte*. К указываемым в арбитражных решениях основаниям для

принятия решений *ex parte* можно отнести следующее: свидетельство того, что непринятие такой меры приведет к невозполнимым убыткам или ущербу, особая срочность, исключаящая заслушивание другой стороны (например, меры, касающиеся скоропортящихся товаров), или целесообразность не направлять заблаговременное уведомление о такой мере стороне, против которой эта мера направлена (например, слушание по запрашиваемой мере, запрещающей вывозить активы за пределы юрисдикции, может позволить такой стороне вывезти активы до принятия этой меры).

68. Ни в законодательных положениях, регулирующих арбитражное разбирательство, ни в арбитражных правилах обычно нет прямых указаний на то, следует ли в решении об обеспечительной мере излагать основания для его принятия. В целом представляется, что арбитражные суды выносят обоснованные решения.

В. Право на принятие временных мер

69. Законодательные решения, касающиеся права арбитражного суда принимать решение об обеспечительных мерах, не являются единообразными. В одних государствах такое право подразумевается. В других существуют четкие положения, наделяющие арбитражные суды правом принимать решение об обеспечительных мерах. Это, например, касается тех государств, законодательство которых основывается на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. В статье 17 Типового закона предусматривается следующее:

"Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми. Арбитражный суд может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами".

70. В соответствии с некоторыми законами об арбитраже право арбитражного суда на принятие решения об обеспечительных мерах зависит от согласия сторон, и закон ограничивается признанием эффективности согласия сторон с предоставлением такого права арбитражному суду. Имеются также государства, в которых считается, что арбитражный суд не должен обладать правом на принятие решения об обеспечительных мерах и что стороны не могут предоставлять арбитражному суду такое право.

71. Согласно многим сводам арбитражных правил, арбитражному суду предоставляется право на принятие решения о временных мерах. Например, в пункте 1 статьи 26 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ предусматривается следующее:

"По просьбе любой из сторон арбитражный суд вправе принимать любые обеспечительные меры, которые он сочтет необходимыми, в отношении предмета спора, включая меры по сохранению товаров, являющихся предметом спора, как, например, распоряжение о передаче их на хранение третьей стороне или о продаже товаров, являющихся скоропортящимися".

72. Во многих государствах стороны могут делать выбор между обращением за вынесением решения об обеспечительных мерах в арбитражный или в общий суд. Когда

состав арбитражного суда еще не определен, а сторона желает принятия обеспечительной меры, единственной возможностью является обращение в общий суд. Такая возможность обращения за принятием обеспечительных мер в арбитражный или общий суд предусматривается также в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, в котором помимо наделения арбитражного суда правом принимать решение о временных мерах (см. приведенную выше статью 17) в статье 9 предусматривается следующее:

"Обращение стороны в суд до или во время арбитражного разбирательства с просьбой о принятии обеспечительных мер и вынесение судом решения о принятии таких мер не являются несовместимыми с арбитражным соглашением".

Статья 9 Типового закона ограничивается заявлением о том, что вынесение судом решения об обеспечительных мерах не является несовместимым с арбитражным соглашением. Вопрос о том, может ли суд и в какой степени фактически иметь право на вынесение решения о принятии такой меры в отношении проводимого арбитражного разбирательства, регулируется законодательными положениями, не входящими в Типовой закон.

С. Доводы в пользу возможности приведения в исполнение решения
арбитражного суда о принятии обеспечительных мер

73. Поскольку арбитры не обладают правом принудительного приведения в исполнение обеспечительных мер, в последние годы практические работники на различных форумах высказывали мнение о том, что вопрос о возможности приведения в исполнение обеспечительных мер должен рассматриваться законодателями. В поддержку необходимости возможности приведения в исполнение таких мер обычно выдвигаются следующие доводы: окончательное арбитражное решение может оказаться малоэффективным для выигравшей дело стороны, если действия противной стороны делают исход разбирательства в целом бесполезным (например, если активы распыляются или вывозятся за пределы юрисдикции); или требуется предпринять действия для предотвращения убытков или ущерба (например, если сторона отказывается от принятия мер предосторожности на строительной площадке или не желает продолжать строительные работы на период урегулирования спора). Таким образом, как утверждают, в некоторых случаях промежуточный приказ на практике может быть столь же важным, как и само арбитражное решение.

74. В связи с доводами в пользу возможности приведения в исполнение обеспечительных мер подчеркивалось, что международное арбитражное разбирательство часто проводится на территориях, где ни одна из сторон не имеет активов или не осуществляет торговые операции (так называемые "нейтральные" территории). Это часто означает, что действия, которые должны быть предприняты во исполнение промежуточной меры, принятой по решению арбитражного суда, должны осуществляться за пределами юрисдикции, в рамках которой проводится арбитражное разбирательство. Таким образом, в той мере, в какой возможно создание режима для оказания судами содействия в приведении в исполнение промежуточных мер, должна существовать возможность принудительного приведения в исполнение этих мер судами как в государстве проведения арбитражного разбирательства, так и за его пределами.

75. Однако следует отметить, что на практике решения о принятии промежуточных мер, выносимые арбитражными судами, часто исполняются и без каких-либо принудительных действий со стороны суда. Обстоятельства, способствующие исполнению таких мер, заключаются, например, в том, что сторона не желает вызывать недовольство у арбитражного суда, который эта сторона хотела бы убедить в обоснованности ее позиции; что арбитражный суд может сделать неблагоприятные выводы из отказа от соблюдения этих мер (например, в случае приказа о сохранении определенного доказательства); что арбитражный суд может приступить к вынесению арбитражного решения на основе имеющихся у него материалов; и что арбитражный суд может возложить на противную сторону ответственность за возмещение издержек или ущерба, возникших в результате неисполнения ею данной меры, и предусмотреть эту ответственность в арбитражном решении. В то же время было отмечено, что имеется много примеров того, что обеспечительные меры не принимаются во внимание и что вышеупомянутые стимулы могут быть недостаточными или неэффективными.

76. Согласно некоторым точкам зрения, стороны арбитражного разбирательства, нуждающиеся в приведении в исполнение обеспечительных мер, должны обращаться в суд, как это предусматривается многими национальными законами. В ответ, однако, приводятся доводы о том, что это может вызвать затруднения. Например, рассмотрение вопроса о принятии судом соответствующих мер может затянуться, в частности, из-за того, что суд, например, пожелает запросить аргументацию по данному вопросу, или из-за того, что решение суда может быть обжаловано. К тому же суды по месту проведения арбитража могут и не обладать надлежащей юрисдикцией в отношении сторон или активов. Поскольку арбитражное разбирательство часто проводится на территории государства, которое мало связано с предметом спора или вообще не имеет к нему отношения, может оказаться необходимым обратиться с просьбой о рассмотрении вопроса и вынесении приказа о соответствующей мере в суд другого государства. Кроме того, законодательство некоторых государств может не предоставлять сторонам право обращаться в суд для вынесения постановления об обеспечительной мере по той причине, что эти стороны, дав согласие на арбитраж, считаются исключившими суды из разбирательства в отношении их спора; даже если бы суды обладали юрисдикцией в отношении вынесения постановления об обеспечительных мерах, суд, возможно, отказался бы выносить такое постановление на том основании, что это целесообразнее сделать арбитражному суду.

77. Поэтому высказывается точка зрения, согласно которой ресурсы можно было бы использовать эффективнее, если бы стороны могли обратиться с просьбой об обеспечительных мерах непосредственно в арбитражный, а не в общий суд и если бы эти меры приводились в исполнение по решению суда в оперативном порядке. Такая возможность считается желательной, в частности, поскольку арбитражный суд уже знаком с делом, часто технически лучше подготовлен к рассмотрению предмета спора и может вынести решение быстрее, чем обычный суд.

78. При обсуждении этих доводов Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что потребность в эффективном приведении в исполнение обеспечительных мер при содействии со стороны суда не является одинаковой для всех обеспечительных мер, которые могут быть приняты по решению арбитражного суда. Например, когда арбитражные суды выносят постановление об обеспечительных мерах, упомянутых в подпункте а) пункта 63 (мерах,

направленных на содействие проведению арбитражного разбирательства), и какая-либо из сторон не соблюдает одну из этих мер, арбитражный суд может "сделать неблагоприятные выводы" из этого несоблюдения и вынести арбитражное решение на основе имеющихся у него информации и доказательств. Помимо этого или в альтернативном порядке арбитражный суд может учесть несоблюдение стороной этой меры в своем окончательном решении об издержках разбирательства. Таким образом, в отношении подобных мер арбитражный суд может иметь значительные рычаги воздействия на стороны, что может снизить потребность во вмешательстве суда.

79. Когда обеспечительной является мера, относящаяся к категории, упомянутой в подпункте b) пункта 63 (мера во избежание невосполнимых убытков или ущерба или по сохранению определенного состояния дел до разрешения спора), арбитражный суд, как правило, вправе также возлагать на сторону ответственность за возмещение издержек или ущерба в результате несоблюдения этой стороной приказа. Тем не менее помимо возможной ответственности за издержки и ущерб несоблюдение такой меры может иметь серьезные и непоправимые последствия, и следует считать, что наличие возможности содействия со стороны суда при приведении в исполнение такой меры, принятой по решению арбитражного суда, отвечает интересам надлежащего отправления правосудия.

80. Если обеспечительная мера относится к числу тех, что упомянуты в подпункте с) пункта 63 (мера по содействию последующему приведению в исполнение арбитражного решения), и сторона намерена предпринять попытку помешать приведению в исполнение арбитражного решения, арбитражный суд или заинтересованная сторона могут не иметь никаких эффективных средств, позволяющих избежать негативных последствий несоблюдения другой стороной такой обеспечительной меры. На практике это может означать, что для выигравшей дело стороны арбитражное решение в целом останется бесполезным. Таким образом, учитывая серьезный характер проблемы, которую может создать противная сторона, и отсутствие у арбитражного суда или у другой стороны эффективных средств, позволяющих избежать этой проблемы, потребность в помощи суда при приведении в исполнение обеспечительной меры подобного рода может оказаться наибольшей.

D. Рассмотрение данного вопроса в Комиссии

81. При рассмотрении в Комиссии вопроса о возможности приведения в исполнение обеспечительных мер, принятых по решению арбитражных судов (A/54/17, пункт 371), в целом было выражено согласие с тем, что этот вопрос имеет важнейшее практическое значение и во многих правовых системах не урегулирован удовлетворительным образом. Было сочтено, что решения, которые предстоит выработать Комиссии по этой теме, будут представлять собой реальный вклад в практику международного торгового арбитража. Было также решено, что этот вопрос следует урегулировать в законодательном порядке.

82. Что касается существа возможных решений, то в Комиссии был сделан ряд замечаний и предложений (A/54/17, пункт 372). Одно из них состояло в том, что в дополнение к принудительному исполнению обеспечительных мер в государстве, являющемся местом проведения арбитража, следует рассмотреть также и вопрос о приведении в исполнение этих мер за пределами такого государства. Было далее указано, что, хотя цель будущей работы

может заключаться в том, чтобы обеспечить возможность приведения в исполнение обеспечительных мер таким же образом, как и арбитражных решений, следует учитывать, что обеспечительные меры в некоторых отношениях отличаются от арбитражных решений (например, решение об обеспечительной мере может быть принято в отсутствие заинтересованной стороны и может быть пересмотрено арбитражным судом в свете последующих обстоятельств). Что касается мер, решение о которых принимается *ex parte*, то было отмечено, что, согласно некоторым правовым системам, они могут выноситься только на ограниченный срок (например, 10 дней), вслед за чем должно быть проведено слушание, на котором будет вновь рассмотрен вопрос о соответствующей мере. Было также предложено изучить вопрос о той помощи, которую могут предоставить арбитражному разбирательству суды (в виде постановлений об обеспечительных мерах, выносимых судами до начала или в ходе арбитражного разбирательства).

Е. Законодательные решения, применяемые в настоящее время

а) Нью-Йоркская конвенция

83. Иногда арбитражные суды выносят приказ об обеспечительных мерах в форме промежуточного арбитражного решения. Такая возможность прямо предусмотрена, в частности, в пункте 2 статьи 26 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. В связи с этим возникает вопрос о том, распространяется ли действие Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений на такие промежуточные арбитражные решения. Поскольку в Конвенции нет определения термина "арбитражное решение", остается неясным, применяется ли она и к промежуточным арбитражным решениям. Преобладает точка зрения, подтвержденная также прецедентным правом некоторых государств, что Конвенция не применяется к промежуточным арбитражным решениям.

б) Типовой закон ЮНСИТРАЛ

84. В статье 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже прямо предусматривается право арбитражного суда принимать такие обеспечительные меры, которые он считает необходимыми, а также требовать от любой стороны предоставления надлежащего обеспечения в связи с такими мерами. Однако в Типовом законе ничего не говорится о принудительном исполнении таких мер.

85. Когда во время разработки Типового закона Рабочая группа рассматривала положения статьи 17, эта статья содержала такое положение: "Если возникает необходимость в исполнении любых таких временных мер, арбитражный суд может просить [компетентный суд] [суд, указанный в статье V] оказать помощь в исполнении"⁵. В соответствии с одной из точек зрения, высказанных в Рабочей группе, помощь в исполнении со стороны судов является желательной, и должны быть предусмотрены возможности обращения за такой

⁵ Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее шестой сессии (1983 год), документ A/CN.9/245, Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XV: 1984 год, часть вторая, II, А, 1, пункт 70).

помощью. Согласно другому мнению, одобренному Рабочей группой после обсуждения, это положение следовало исключить, поскольку оно недостаточно полно трактует вопрос национального процессуального права и компетенции суда и вряд ли будет принято многими государствами. Однако Рабочая группа полагала, что изъятие этого положения из текста не должно рассматриваться как исключение возможности оказания такой помощи в исполнении в тех случаях, когда государство готово оказать эту помощь в соответствии со своим процессуальным правом⁶.

с) Национальное законодательство

86. В отношении возможности приведения в исполнение обеспечительных мер, предписанных арбитражным судом, в законодательстве отражены самые разнообразные подходы. Во многих государствах в законодательстве ничего не говорится по этому вопросу. В других случаях в законодательстве содержатся ясно выраженные положения о приведении в исполнение таких обеспечительных мер.

87. В законодательстве ряда государств предусматривается, что положения о признании и приведении в исполнение арбитражных решений применяются также в отношении приказов, выносимых арбитражными судами.

88. В некоторых государствах законодательство предусматривает, что, если какая-либо сторона не выполняет приказ арбитражного суда, арбитражный суд может обратиться к общему суду за помощью в приведении в исполнение этого приказа; в других государствах за такой помощью может обратиться сторона, а в ряде государств такую помощь могут запросить либо арбитражный суд, либо сторона.

89. В одном из случаев в законе предусматривается, что суд может вынести постановление, в котором от стороны требуется соблюдать "окончательный" приказ, вынесенный арбитражным судом. С ходатайством может обратиться либо арбитражный суд после направления уведомления сторонам, либо одна из сторон с разрешения арбитражного суда и после уведомления другой стороны. Эта процедура может быть использована лишь после того, как будут исчерпаны все имеющиеся возможности арбитражного разбирательства и другой стороне будет предоставлено разумное время для выполнения приказа.

90. В другом случае в законе говорится, что суд может разрешить приведение в исполнение обеспечительной меры, предписанной арбитром, если ходатайство в отношении соответствующей обеспечительной меры еще не подано в суд. Суд вправе переформулировать такой приказ, если это необходимо для приведения в исполнение обеспечительной меры. Суд также по соответствующей просьбе может отменить или изменить решение о приведении в исполнение приказа. Кроме того, предусматривается, что если предписанная арбитражным судом обеспечительная мера оказывается необоснованной с самого начала, то сторона, добившаяся приведения ее в исполнение, обязана компенсировать другой стороне ущерб.

⁶ Там же, пункт 72.

91. В ряде государств предусматривается, что если одна из сторон обращается в суд с ходатайством о принятии обеспечительных мер и арбитражный суд уже вынес постановление по какому-либо вопросу, имеющему отношение к этому ходатайству, то суд должен считать такое постановление или какое-либо установление факта по делу в ходе вынесения такого постановления окончательным для целей данного ходатайства.

Г. Возможное согласование решений

а) Обеспечительные меры, предписанные внутренними и иностранными арбитражными судами

92. Как отмечается в пункте 74, выше, выбор места арбитража в случаях международного арбитражного разбирательства часто производится из соображений удобства для сторон и арбитров и наличия определенных услуг, а не потому, что оно как-то связано с предметом спора. В силу этих обстоятельств многие обеспечительные меры, предписанные в ходе такого арбитражного разбирательства, вероятно, предстоит приводить в исполнение за пределами государства, на территории которого проводится арбитраж. К тому же, если международный арбитраж проводится в государстве, в котором находится предмет спора, арбитражный суд вполне может вынести приказ об обеспечительных мерах, которые потребуются приводить в исполнение в других государствах. В свете этого Рабочая группа может рассмотреть вопрос о целесообразности разработки системы, которая позволила бы в судебном порядке приводить в исполнение обеспечительные меры, предписанные арбитражем, проводимым либо в государстве суда, приводящего эти меры в исполнение, либо за пределами этого государства. Поскольку следует предусмотреть какое-либо иное отношение к обеспечительным мерам, предписанным иностранным арбитражным судом, этого можно достичь путем указания определенных исключений.

б) Применение к обеспечительным мерам положений о признании и приведении в исполнение арбитражных решений

93. Один из возможных подходов при рассмотрении этого вопроса в Рабочей группе может заключаться в разработке решения, согласно которому суд, приводящий обеспечительную меру в исполнение, может для целей приведения этой меры в исполнение рассматривать ее как арбитражное решение и применять к ней положения, регулирующие признание и приведение в исполнение арбитражных решений. (В контексте Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже положения о признании и приведении в исполнение арбитражных решений, вынесенных либо в государстве приведения в исполнение, либо за пределами этого государства, содержатся в его статьях 35 и 36.) Такой подход использовался в целом ряде государств. Например, предусматривается, что, если стороны не договорились об ином, положения о признании и приведении в исполнение арбитражных решений применяются в отношении вынесенных арбитражным судом приказов об обеспечительных мерах, как если бы упоминание арбитражного решения в этих положениях было упоминанием о таком приказе. В некоторых государствах режим приведения в исполнение арбитражных решений распространяется на приведение в исполнение обеспечительных мер лишь в том случае, если стороны договорились об этом. Однако следует отметить, что вышеупомянутые национальные законодательные решения применяются в отношении арбитражных разбирательств, проводимых в этих государствах. В

этих законах нет никаких положений о приведении в исполнение обеспечительных мер, предписанных арбитражем, проводимым в зарубежной стране.

94. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, следует ли использовать этот подход в качестве основы для разработки согласованного режима для приведения в исполнение обеспечительных мер. Преимущество такого подхода может заключаться в том, что при этом в качестве основы был бы использован режим, проверенный на практике.

95. Еще один вопрос, подлежащий обсуждению, может заключаться в том, позволяет ли режим, основанный на таком подходе, распространить его и на обеспечительные меры, предписанные арбитражным судом за пределами государства суда, обратившегося с просьбой о приведении в исполнение этой меры. При решении вопроса о распространении такого режима на обеспечительные меры, предписанные иностранным арбитражным судом, может возникнуть соображение о том, что в правовых системах существуют различные концепции обеспечительных мер и что, таким образом, суд может столкнуться с ходатайством о приведении в исполнение обеспечительной меры, которая неизвестна или мало известна в рамках его правовой системы. Например, в некоторых системах обеспечительные меры, принятые по решению, вынесенному *ex parte*, признаются в большей степени, чем другие меры. В качестве еще одного примера можно привести практику вынесения арбитражными судами некоторых государств постановлений об "окончательных" обеспечительных мерах, в случае несоблюдения которых арбитражный суд применяет санкции. Следующий пример: если обеспечительная мера, предписанная арбитражным судом, не сопровождается изложением мотивов, на которых она основывается, или если эти мотивы не являются достаточными, суд, приводящий эту меру в исполнение, может столкнуться с трудностями при приведении ее в исполнение из-за ограниченной возможности оценки предполагаемых соображений публичного порядка. Кроме того, арбитражное законодательство в государстве суда, приводящего в исполнение обеспечительные меры, может исключать из юрисдикции арбитражного суда некоторые виды обеспечительных мер (например, наложение ареста на имущество или на определенные виды имущества).

96. Следует, однако, отметить, что, даже если обеспечительная мера была предписана арбитражным судом в государстве, на территории которого эта мера должна быть приведена в исполнение, суду, возможно, придется иметь дело с мерами, неизвестными или необычными в этом государстве. Это объясняется тем, что процессуальное право, касающееся арбитража, как правило, предоставляет широкую свободу выбора сторонам и арбитражному суду при определении процедуры, которой надлежит руководствоваться при проведении разбирательства (см., например, статью 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ), и, таким образом, арбитражный суд при вынесении решения об обеспечительных мерах может руководствоваться правилами и практикой, отличающимися от правил и практики, обычно используемых в государстве, на территории которого проводится арбитраж.

97. В указанных выше ситуациях суды могут проявлять сдержанный подход к приведению в исполнение таких мер независимо от того, выносилось ли решение о таких мерах на территории государства суда, приводящего в исполнение обеспечительные меры, или за пределами этого государства. Если приведение в исполнение таких обеспечительных мер сопряжено с трудностями, эти трудности можно преодолеть с помощью решения о приведении в исполнение лишь тех мер, которые отвечают определенным процессуальным

условиям, существующим в государстве суда, приводящего обеспечительные меры в исполнение. Например, мера, принятая на основании решения, вынесенного *ex parte*, может быть приведена в исполнение после того, как суд убедится в том, что обеим сторонам была предоставлена возможность изложить свою позицию. Тем не менее может быть признано слишком трудным сформулировать согласованный свод условий для приведения в исполнение различных видов обеспечительных мер, включая меры, которые являются неизвестными или необычными в государстве приведения в исполнение. Другой, более гибкий и в большей степени учитывающий различия в процессуальных системах подход может заключаться в предоставлении судам свободы выбора относительно порядка приведения в исполнение той или иной обеспечительной меры.

c) Предоставление суду свободы выбора при приведении в исполнение обеспечительных мер

98. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли режим, подлежащий принятию, предоставлять суду, приводящему в исполнение обеспечительные меры, определенную свободу выбора относительно порядка приведения в исполнение обеспечительной меры и, возможно, относительно того, стоит ли приводить ее в исполнение, включая право приспособлять эту обеспечительную меру к процессуальной и исполнительной системам суда. Такое приспособление может быть сопряжено с изменением или пересмотром формулировки приказа. Преимущество такого подхода, в определенной степени основывающегося на предоставлении свободы выбора суду, приводящему в исполнение обеспечительную меру, заключалось бы в том, что, хотя он обеспечивает четкую законодательную основу для приведения в исполнение обеспечительных мер, принятых по решению как внутренних, так и зарубежных арбитражных судов, он не зависел бы от процессуальной и исполнительной систем государства. Можно надеяться, что это позволило бы разработать такую судебную практику в отношении приведения в исполнение данных обеспечительных мер, чтобы она оказывала содействие арбитражу.

99. В случае предоставления суду определенной свободы выбора при приведении в исполнение обеспечительных мер, предписанных арбитражными судами, возможно, потребуются обсудить вопрос о том, нужно ли ходатайствующей стороне представлять суду свои доводы, чтобы убедить его в том, что такая мера необходима. Например, нужно ли стороне, ходатайствующей о приведении в исполнение обеспечительной меры, доказывать в суде факты, свидетельствующие о необходимости данной меры, и излагать доводы, касающиеся формы и размера обеспечения, которое должно быть представлено? Кроме того, следует ли заслушивать по этим вопросам другую сторону? Если в суде вновь заслушивать эти доводы после того, как они уже были заслушаны в арбитражном суде, процесс приведения в исполнение может затянуться. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть, что суд имеет право (или обязан) считать установленные арбитражным судом обстоятельства дела окончательными.

d) Специальные положения, отражающие промежуточный характер обеспечительных мер

100. Как отмечается в пункте 66, выше, рассматриваемые в данном случае обеспечительные меры имеют промежуточный или временный характер по отношению к окончательному

арбитражному решению. Они не представляют собой окончательное разрешение спора, поскольку могут быть изменены арбитражным судом по мере рассмотрения обстоятельств в ходе арбитражного разбирательства и должны учитываться и находить свое отражение в окончательном решении арбитражного суда по данному спору. Этим обеспечительные меры отличаются от арбитражных решений, и этим же обуславливается потребность в специальных положениях о приведении в исполнение обеспечительных мер.

101. Одно из таких специальных положений может потребоваться в том случае, если во время обращения с ходатайством о приведении в исполнение обеспечительной меры или в какое-то время после этого, но до вынесения арбитражного решения арбитражный суд может изменить предписанную им обеспечительную меру в связи с изменением обстоятельств (например, когда ответчик способен доказать, что располагает достаточным объемом активов в государстве, и это позволило бы суду отменить или изменить вынесенный ранее приказ, запрещающий вывоз определенных активов за пределы этого государства; или когда угроза непоправимого ущерба, являющаяся основанием для продолжения выполнения контракта на строительство, может исчезнуть, что позволило бы изменить вынесенный ранее приказ об обеспечительной мере). Для разрешения этой проблемы Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости положения, предоставляющего суду право изменять свое постановление о приведении в исполнение обеспечительной меры, предписанной арбитражным судом. Кроме того, может возникнуть потребность в положении, которое ставит постановление суда о приведении в исполнение обеспечительной меры в зависимость от обязанности ходатайствующей стороны своевременно сообщать суду о любом изменении обеспечительной меры арбитражным судом. Кроме того, вероятно, нужно предусмотреть представление надлежащего обеспечения стороной, обращающейся в суд за помощью по приведению в исполнение обеспечительной меры.

G. Сфера действия обеспечительных мер, которые могут быть предписаны арбитражным судом, и процедуры вынесения постановления о таких мерах

102. В связи с обсуждением вопроса о приведении в исполнение обеспечительных мер Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности и осуществимости подготовки согласованного текста о сфере действия обеспечительных мер, которые могут быть приняты по приказу арбитражного суда, и процессуальных нормах, касающихся вынесения приказа о таких мерах.

103. Многие законы содержат широкие формулировки, наделяющие арбитражный суд правом на вынесение приказов об обеспечительных мерах. К этой группе относится законодательство государств, принявших статью 17 Типового закона, согласно которой арбитражный суд может распорядиться о принятии "таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми". Некоторые законы имеют более конкретные формулировки; например, арбитры прямо наделяются правом выносить постановление о наложении ареста или издавать приказ о передаче оспариваемого имущества на хранение третьей стороне. В других законах формулировки носят более ограничительный характер; например, предусматривается, что арбитры не вправе выносить постановление о наложении ареста на имущество.

104. Информация, поступающая от практических работников и арбитражных учреждений, свидетельствует о том, что число случаев, в которых стороны добиваются обеспечительных мер, неуклонно возрастает. Эта тенденция и отсутствие четкого руководства для арбитражных судов, касающегося сферы действия обеспечительных мер, которые могут быть предписаны, и условий для вынесения постановления о таких мерах, могут затруднять эффективное и результативное функционирование международного торгового арбитража. Поскольку арбитражные суды испытывают неуверенность в вопросах вынесения постановлений об обеспечительных мерах и поэтому воздерживаются от вынесения таких постановлений, это может привести к нежелательным последствиям, например к возможным убыткам или ущербу, которые можно было бы исключить, или же к возможному избежанию стороной приведения в исполнение арбитражного решения путем намеренного принятия мер, которые делают активы недоступными для истца. Подобная ситуация может также побудить стороны обращаться с ходатайством об обеспечительных мерах не в арбитражные, а в общие суды, в то время как арбитражный суд вполне мог бы вынести постановление об обеспечительной мере; все это приводит к излишним расходам и задержкам (например, из-за необходимости осуществлять перевод документов на язык суда или представлять судье доказательства и доводы).

105. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности подготовки согласованного документа, касающегося вынесения арбитражными судами постановлений об обеспечительных мерах. Такой документ может иметь форму единообразных законодательных положений или не относящегося к законодательству текста, например типовых договорных норм, о которых стороны могут договориться. Еще одна возможность может заключаться в подготовке руководств или заметок из практики в помощь сторонам и арбитрам. Эти руководства или заметки из практики могли бы содержать описание и анализ различий между разными видами обеспечительных мер, критериев, применяемых арбитражными судами при решении вопроса о вынесении постановлений о конкретных обеспечительных мерах, процедур, касающихся ходатайства и вынесения постановления об обеспечительных мерах, и способов, с помощью которых арбитражный суд может самостоятельно применять санкции для принудительного приведения в исполнение некоторых обеспечительных мер в отличие от других видов мер, в связи с которыми требуется судебная помощь.

106. Если будет решено проводить работу в этом направлении, то некоторые позитивные идеи можно заимствовать из Принципов о временных и обеспечительных мерах при международных судебных тяжбах, которые были приняты в 1996 году Комитетом по международным гражданским и торговым тяжбам Ассоциации международного права (АМП)⁷. Эти Принципы, приведенные в пункте 108, ниже, ограничиваются временными и обеспечительными мерами, которые могут быть предписаны судами; однако представляется, что некоторые идеи, лежащие в основе Принципов, *mutatis mutandis* относятся также к обеспечительным мерам, предписываемым арбитражными судами.

⁷ The International Law Association, report of the Sixty-seventh Conference held at Helsinki, Finland, 12 to 17 August 1996 (Ассоциация международного права, доклад о работе шестьдесят седьмой конференции, состоявшейся в Хельсинки, Финляндия, 12–17 августа 1996 года); опубликован Ассоциацией международного права, Лондон, 1996 год, стр. 202–204 англ. текста.

107. Если работа, касающаяся вынесения постановлений об обеспечительных мерах арбитражными судами, окажется перспективной, то Рабочая группа, возможно, пожелает обменяться мнениями на эту тему, в том числе о возможной форме документа, подлежащего принятию, и обратится к Секретариату с просьбой подготовить исследование с целью оказания содействия дальнейшему рассмотрению Группой этого вопроса. Данная тема, как представляется, существенно отличается от темы о приведении в исполнение обеспечительных мер (рассмотренных в пунктах 63–102, выше), поэтому, возможно, окажется, что эти две темы следует рассматривать по-разному, например одну – в документе, не относящемся к законодательству, а другую – в законодательном документе.

108. Текст Принципов АМП о временных и обеспечительных мерах при международных судебных тяжбах гласит следующее:

Сфера действия Принципов

1. В гражданских и торговых тяжбах временные и обеспечительные меры имеют две главные цели:
 - a) сохранение статус-кво до разрешения вопросов в суде; или
 - b) сохранение активов, за счет которых может быть исполнено окончательное решение.
2. Эти принципы предназначены для общего применения в международных тяжбах. Тем не менее они были разработаны с учетом указанного в категории b), выше, типичного примера мер по замораживанию активов ответчика, хранящихся в форме денежных сумм на депозитном банковском счете в банке третьей стороны.

Характер данного средства судебной защиты

3. Государства должны без какой-либо дискриминации предусматривать принятие временных и обеспечительных мер с целью сохранения активов, за счет которых может быть исполнено окончательное решение.
4. Такое средство судебной защиты предоставляется по усмотрению суда. Оно предоставляется:
 - a) после представления доказательств по существу дела согласно норме доказательств, которая ниже той, что требуется при рассмотрении дела по существу в соответствии с применимым правом; и
 - b) после представления доказательств того, что размер потенциального ущерба истца превышает потенциальный ущерб ответчика.
5. Ответчик не должен иметь права на сокрытие своих активов под видом корпоративной собственности или с помощью иных ухищрений.
6. Истец должен обеспечивать незамедлительное уведомление ответчика о постановлении невзирая на любые формальные правовые требования относительно

вручения постановления и правовые последствия, которые может иметь такое вручение.

7. Ответчик должен иметь право быть заслушанным в течение разумного срока и на выдвижение возражений против вынесения постановления о временных и обеспечительных мерах.
8. Суд должен иметь право потребовать от истца обеспечения или иных средств возмещения ответчику или третьим сторонам ущерба, который может быть причинен в результате вынесения постановления. При решении вопроса о вынесении постановления об обеспечении суд должен учитывать способность истца удовлетворить требование о возмещении такого ущерба.
9. Следует предусмотреть обеспечение доступа к информации об активах ответчика, используя для этого либо право, либо, в соответствующих случаях, постановление суда.

Вспомогательные процедуры

10. Юрисдикция в отношении вынесения постановления о временных и обеспечительных мерах должна быть независима от юрисдикции в отношении рассмотрения дела по существу.
11. Само присутствие активов в стране должно служить достаточным основанием для юрисдикции в отношении вынесения постановления о временных и обеспечительных мерах в связи с этими активами.
12. Условием для осуществления судом юрисдикции в отношении вынесения постановления о временных и обеспечительных мерах должно быть возбуждение иска по существу дела в разумный срок либо в местном суде (если он обладает основной юрисдикцией), либо в иностранном суде (однако суд не должен действовать в поддержку иска по существу дела, возбужденного за границей, если отсутствует разумная возможность приведения в исполнение местным судом решения, вынесенного по существу дела иностранным судом).
13. Временные и обеспечительные меры должны действовать в течение установленного ограниченного срока. Суд должен рассматривать вопрос о возобновлении принятия мер в свете развития событий в суде, где ведется разбирательство по существу.
14. Суд, обладающий основной юрисдикцией, может по ходатайству ответчика контролировать осуществление временных и обеспечительных мер, постановление о которых вынесено в других странах, обращая, в частности, внимание на то, являются ли все эти меры обоснованными в свете иска в целом и истребуемой по этому иску суммы.
15. Лицо, ходатайствующее о временных и обеспечительных мерах, должно сообщать суду, к которому оно обращается с ходатайством, о ходе осуществления процедур в

рамках временных и обеспечительных мер и о рассмотрении дела по существу в других странах. Не исключается даже возможность предоставления государствами своим судам, если они уполномочены на это, разрешения поддерживать прямую связь с соответствующими судебными органами в других странах.

Территориальная сфера деятельности

16. Если суд надлежащим образом обладает юрисдикцией в отношении рассмотрения вопроса по существу, он должен иметь право выносить постановления о временных и обеспечительных мерах, предписывающие лично ответчику заморозить его активы независимо от их местонахождения.
17. Если суд не обладает юрисдикцией в отношении рассмотрения вопроса по существу и обладает юрисдикцией лишь в отношении вынесения постановления о временных и обеспечительных мерах, то его юрисдикция ограничена активами, находящимися в пределах этой юрисдикции. В соответствии с международным правом местонахождение активов будет определяться национальными нормами (включая нормы коллизионного права).

Трансграничное признание и международная судебная помощь

18. По просьбе одной из сторон суд может принять во внимание постановления, вынесенные в других государствах.
19. Далее, суд должен в случае необходимости осуществлять сотрудничество для обеспечения эффективности постановлений, вынесенных другими судами, и рассматривать вопрос о соответствующих местных средствах судебной защиты.
20. Для этого может потребоваться широкое признание постановлений иностранных судов. Тот факт, что постановление имеет временный характер, а не является окончательным, сам по себе не должен служить препятствием для признания или приведения в исполнение.

Forum Arresti и Forum Patrimonii

21. Тот факт, что суд вынес постановление о временных и обеспечительных мерах, сам по себе не означает наличие юрисдикции в отношении основного иска, ограничивающегося или не ограничивающегося стоимостью замороженных активов.

Промежуточные платежи

22. Предусмотренная во внутреннем праве процедура, в соответствии с которой суд может вынести постановление о каком-либо промежуточном платеже (то есть о прямом платеже в пользу истца, которое впоследствии может быть пересмотрено в окончательном решении), не является временной и обеспечительной мерой в контексте международной тяжбы.

[Глава III "Требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения" будет опубликована в документе A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1.]