

**Генеральная Ассамблея**Distr.: Limited
3 April 2003Russian
Original: English**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**Рабочая группа II (Арбитраж и согласительная процедура)
Тридцать восьмая сессия
Нью-Йорк, 12–16 мая 2003 года**Урегулирование коммерческих споров****Обеспечительные меры****Записка Секретариата**

1. На своей тридцать шестой сессии в марте 2002 года Рабочая группа возобновила обсуждения по вопросу о полномочиях третейского суда предписывать обеспечительные меры (A/CN.9/508, пункты 51–94; ранее состоявшиеся обсуждения см. A/CN.9/468, пункты 60–87, A/CN.9/485, пункты 78–106, A/CN.9/487, пункты 64–87) и рассмотрела проект текста о пересмотре статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 74) (далее в тексте "предложение Секретариата").

2. В начале тридцать седьмой сессии в октябре 2002 года было принято решение о том, что Рабочая группа продолжит свою работу на основе представленного Соединенными Штатами Америки предложения (A/CN.9/WG.II/WP.121) (далее в тексте "предложение Соединенных Штатов"), в котором содержится пересмотренный вариант проекта статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, принимая также во внимание предложение Секретариата.

3. Настоящая записка подготовлена на основе результатов обсуждений и решений тридцать седьмой сессии Рабочей группы. Для содействия возобновлению обсуждений ниже приводится текст (далее в тексте "пересмотренный проект"), в котором излагается новый пересмотренный проект статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, подготовленный с учетом результатов обсуждений и решений, принятых на тридцать седьмой сессии Рабочей группы.



Пересмотренный проект статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры

1) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может, по просьбе любой стороны, предписать обеспечительные меры.

2) Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме, при помощи которой в любой момент, предшествующий вынесению решения, которым производится окончательное урегулирование спора, третейский суд предписывает сторонам

а) поддерживать или восстановить статус-кво до вынесения решения об урегулировании спора [, с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения];

б) принять меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного будущего ущерба или воздерживаться от принятия мер, которые могут вызвать такой ущерб [, с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения];

с) предоставить в предварительном порядке средства обеспечения наличия активов, за счет которых может быть выполнено последующее решение; или

[d) сохранять доказательства, которые могут относиться к делу и иметь материально-правовое значение для урегулирования спора.]

3) Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, [демонстрирует] [показывает] [доказывает] [устанавливает], что:

а) будет причинен непоправимый вред, если такая обеспечительная мера не будет предписана, и такой вред существенно перевешивает вред, который будет причинен стороне, затрагиваемой такой мерой, если такая мера будет предписана; и

б) существует разумная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора, при том условии, что любое решение относительно такой возможности не затрагивает дискреционных полномочий третейского суда выносить любые последующие решения.

4) [С учетом положений пункта 7(b)(ii),] [за исключением случаев, когда предоставление обеспечения является обязательным в соответствии с пунктом 7(b)(ii),] третейский суд может потребовать от запрашивающей стороны и любой другой стороны предоставить надлежащее обеспечение в качестве условия предписания обеспечительной меры.

5) Третейский суд может в любое время изменить или прекратить обеспечительную меру [с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств].

б) Запрашивающая сторона с момента представления просьбы незамедлительно сообщает третейскому суду о любом существенном изменении

обстоятельств, на основании которых эта сторона запрашивала или третейский суд предписал обеспечительную меру.

7) а) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может [в исключительных обстоятельствах,] предписать обеспечительную меру без направления уведомления стороне, [в отношении которой принимается такая мера] [затрагиваемой такой мерой], если:

- i) существует безотлагательная необходимость принятия такой меры;
- ii) соблюдаются условия, изложенные в пункте 3; и
- iii) запрашивающая сторона показывает, что необходимо действовать таким образом для обеспечения того, чтобы цель обеспечительной меры не утрачивалась до вынесения решения о ее принятии.

b) Запрашивающая сторона:

- i) несет ответственность за любые издержки и потери, причиняемые такой мерой стороне, [в отношении которой она принимается] [затрагиваемой такой мерой], [в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора]; и
- ii) предоставляет обеспечение в такой форме, какую третейский суд сочтет надлежащей [в отношении любых издержек и потерь, упомянутых в подпункте (i),] [в качестве условия предписания меры в соответствии с настоящим пунктом].

[c) [В целях избежания сомнений] третейский суд обладает юрисдикцией, в частности, в отношении решения всех вопросов, возникающих в результате применения [подпункта (b)] выше или в связи в этом подпунктом.]

[d) Стороне, [в отношении которой принимается обеспечительная мера] [затрагиваемой принятой мерой], в соответствии с настоящим пунктом, направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность быть заслушанной третейским судом [если более не существует необходимости действовать на основе *ex parte*, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры,] [в течение 48 часов после направления уведомления или в такую другую дату или время, которые могут оказаться соответствующими в данных обстоятельствах].]

[e) Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, действует в течение срока, не превышающего двадцать дней [с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры] [с даты вступления такой меры в силу в отношении другой стороны], и этот срок не может быть продлен. Настоящий подпункт не затрагивает полномочий третейского суда предписывать, подтверждать, продлевать или изменять обеспечительную меру в соответствии с пунктом 1 после того, как стороне [в отношении которой принимается такая мера] [затрагиваемой такой мерой], направляется уведомление и предоставляется возможность изложить свои возражения.]

[f) Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, несет обязательство информировать третейский суд о всех обстоятельствах, которые третейский суд может счесть относящимися к делу и имеющими материально-правовое значение для определения того, были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте.]

Примечания

Пункт 1

4. На своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа указала, что пункт 1 предложения Соединенных Штатов соответствует тексту, который ранее обсуждался Рабочей группой. Рабочая группа сочла существо этого пункта в целом приемлемым, однако высказала предположение о том, что слова "распорядиться о принятии другой стороной обеспечительных мер" могут необоснованно ограничивать сферу применения этого положения, и предложила заменить эти слова формулировкой "предписать обеспечительные меры" (A/CN.9/523, пункт 34). Это предложение учтено в пересмотренном проекте текста.

Пункт 2

Место пункта 2 и общее замечание

5. Текст, содержащийся в настоящее время в пункте 2 пересмотренного проекта (ранее пункт 4 предложения Секретариата) обсуждался на тридцать шестой сессии Рабочей группы, и было решено поместить его сразу же после пункта 1 (A/CN.9/508, пункт 64). Существенные положения этого пункта частично основаны на положениях проекта конвенции о юрисдикции и иностранных судебных решениях по гражданско-правовым и коммерческим вопросам, на промежуточном тексте Гаагской конференции по международному частному праву 2001 года (частично воспроизводится в документе A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 71).

Вводная часть – понятие "обеспечительных мер"

6. На тридцать седьмой сессии Рабочая группа была информирована о том, что пункт 2 предложения Соединенных Штатов признан отразить результаты обсуждений на тридцать шестой сессии Рабочей группы (A/CN.9/508, пункты 64–76). Было указано, что ссылка на "временное решение" противоречит преобладавшему на этой сессии мнению относительно нецелесообразности определять такое решение, как "частичное" или "обеспечительное" (см. A/CN.9/508, пункт 66, и A/CN.9/523, пункт 36). Были также выражены сомнения в отношении целесообразности использования понятия "отражения" обеспечительной меры в решении. С учетом результатов обсуждений, проведенных на тридцать седьмой сессии Рабочей группы, пункт 2 пересмотренного проекта содержит следующую формулировку: "Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме" (A/CN.9/523, пункт 36).

Подпункты (a) и (b) – "с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения"

7. Слова "с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения", содержащиеся в подпунктах (a) и (b) пересмотренного проекта, были включены в текст на основании предложения Соединенных Штатов. Эта формулировка, как представляется, содержит слова, которые были

использованы в варианте, рассмотренном Рабочей группой на ее тридцать шестой сессии в качестве отдельного пункта для описания обеспечительной меры (см. пункт 4 (b) варианта 2, A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 74, который воспроизводится в документе A/CN.9/508, пункт 51). Тем не менее эти слова в том виде, в каком они включены в подпункты (a) и (b) пересмотренного проекта, в полном объеме не обсуждались, и Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не приводит ли такая формулировка к необоснованному ограничению сферы применения этих положений.

Подпункты (a), (b) и (c) – "последующее решение"

8. Для избежания проблемы, связанной с определением термина "окончательное решение", содержащегося в пунктах 2(a), (b) и (c) текста предложения Соединенных Штатов, в пунктах 2(a), (b) и (c) пересмотренного проекта была использована более нейтральная формулировка ("последующее решение") для указания на любое решение, которое может быть принято в любой последующий момент времени.

Подпункт (b) – сфера применения положения

9. На своей тридцать шестой сессии Рабочая группа в целом сочла, что сферу действия подпункта (b) пересмотренного проекта (ранее пункт 4(c) варианта 1, A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 74) следует расширить для охвата также и случаев, когда цель обеспечительной меры состоит не в пресечении каких-либо действий, а в предписании надлежащего поведения (A/CN.9/508, пункт 75). Аналогично, было сочтено, что сфера действия этого положения должна охватывать не только меры, вынесенные в отношении ответчика, но также и меры, вынесенные в отношении других сторон арбитражного разбирательства. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, отражает ли текст пересмотренного проекта надлежащим образом эти предложения.

Подпункт (c)

10. На своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа согласилась заменить весь текст подпункта (c) предложения Соединенных Штатов "предоставить обеспечение в отношении исполнения окончательного решения, включая решение о погашении расходов" формулировкой следующего содержания: "предоставить в предварительном порядке средства обеспечения наличия активов, за счет которых может быть выполнено арбитражное решение" (A/CN.9/523, пункт 37). В результате такого решения восстанавливается формулировка, использованная в предложении Секретариата (ранее пункт 4(b) варианта 1 в документе A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 74, который воспроизводится в документе A/CN.9/508, пункт 51).

Подпункт (d)

11. На своей тридцать шестой сессии Рабочая группа решила, что в целях облегчения вынесения обеспечительных мер, направленных на предупреждение уничтожения доказательств, в пункте 2 следует упомянуть о "мерах, направленных на создание предварительных средств сохранения доказательств" (A/CN.9/508, пункт 76). Подпункт (d) пересмотренного проекта, в котором содержится ссылка на необходимость "сохранять доказательства, которые могут

относиться к делу и иметь материально–правовое значение для урегулирования спора", не обсуждался на тридцать седьмой сессии Рабочей группы. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об уместности такой формулировки.

Неисчерпывающий характер перечня обеспечительных мер

12. Перед завершением обсуждения на тридцать седьмой сессии Рабочей группы было вновь указано, что на предыдущей сессии Рабочая группа решила, что следует со всей ясностью указать на то, что перечень обеспечительных мер, упомянутых в различных подпунктах, не предполагалось сделать исчерпывающим (A/CN.9/508, пункт 71). Было указано, что перечень, содержащийся в пересмотренном тексте, является исчерпывающим. В ответ было указано, что в пересмотренном пункте 2 уже более не содержится перечня отдельных обеспечительных мер, которые могут быть предписаны третейским судом. Вместо этого в пересмотренном положении упоминается "любая временная мера", что обеспечивает открытую формулировку. Кроме того, в этом положении перечислены различные цели, для которых может быть предписана обеспечительная мера. Если в пересмотренном перечне будут охвачены все такие цели, то не будет необходимости указывать на неисчерпывающий характер перечня. Хотя это разъяснение было в целом принято, Рабочая группа решила провести дополнительные консультации перед вынесением окончательного решения по вопросу о том, охватывает ли существующая формулировка все возможные основания для вынесения решения об обеспечительных мерах. Было решено продолжить обсуждение этого вопроса на одной из будущих сессий (A/CN.9/523, пункт 38).

Пункт 3

Вводная часть

13. Вводная часть пункта 3 пересмотренного проекта была упрощена, с тем чтобы избежать необоснованного повторения содержания пункта 1, и в настоящее время она отражает первоначальный текст, содержащийся в пункте 2 предложения Секретариата. Кроме того, пункт 3 был пересмотрен для включения ряда других глаголов, помимо слова "демонстрирует", поскольку было выражено беспокойство в связи с тем, что этот термин может означать весьма высокий стандарт доказывания (A/CN.9/523, пункт 40; ранее проведенное обсуждение см. A/CN.9/508, пункт 55).

Исключение ссылки на "безотлагательную необходимость принятия меры"

14. На своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа решила, что безотлагательная необходимость принять обеспечительные меры не должна являться общей характерной чертой обеспечительных мер, а должна рассматриваться в качестве одного из конкретных требований для предписания обеспечительной меры *ex parte*, если в результате такой настоятельной необходимости направление уведомлений другой стороне оказывается практически невозможным (A/CN.9/523, пункты 29 и 41). Ссылка на настоятельную необходимость принять обеспечительные меры была перенесена в пункт 7(a)(i) пересмотренного проекта (ранее пункт 4 предложения

Соединенных Штатов), в котором рассматриваются обеспечительные меры *ex parte*.

Подпункт (а)

15. Пункт 3(а) пересмотренного проекта (ранее пункт 3(б) предложения Соединенных Штатов) был пересмотрен с учетом предложения заменить слова "стороне, выступающей против принятия такой меры" словами "стороне, затрагиваемой такой мерой", а также заменить "и такой вред" словами "и подобный вред" (A/CN.9/523, пункт 42). Было высказано мнение о том, что слова "непоправимый вред" могут породить путаницу в связи с использованием в пункте 2(б) слов "нынешнего или неизбежного будущего ущерба", и в результате возникает опасность того, что критерии, установленные в пункте 3, могут быть истолкованы как относящиеся только к мерам, которые предписываются для целей пункта 2(б). Рабочая группа приняла к сведению это мнение (A/CN.9/523, пункт 42). Следует напомнить, что на тридцать шестой сессии Рабочей группы широкую поддержку получило мнение о том, что это положение должно основываться на принципе "взаимоприемлемости", согласно которому оценка степени вреда, который понесет заявитель в случае, если обеспечительная мера не будет предписана, должна быть сопоставлена с оценкой вреда, который понесет сторона, возражающая против такой меры, в случае, если такая мера будет предписана. Кроме того, было высказано мнение о том, что количественный подход, отраженный в словах "значительный вред", может привести к возникновению неопределенности в отношении того, какая степень вреда должна рассматриваться достаточно "значительной" для обоснования принятия определенных временных мер. Было предложено использовать ссылку на понятие "невозместимости вреда", которое в большей степени отражает качественный аспект (A/CN.9/508, пункт 56). Текст пересмотренного проекта отражает ранее принятое решение Рабочей группы. Более широкое определение обеспечительных мер в соответствии с пунктом 2, как представляется, не противоречит необходимости представления стороной, ходатайствующей о принятии обеспечительных мер, доказательств в отношении непоправимого вреда.

Подпункт (б)

16. В соответствии с предложением, высказанным на тридцать седьмой сессии Рабочей группы, пункт 3(б) пересмотренного проекта (ранее пункт 3(с) предложения Соединенных Штатов) был пересмотрен для замены слов "существует значительная вероятность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора" словами "существует разумная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа спора, при том условии, что любое решение относительно такой возможности не затрагивает дискреционных полномочий третейского суда выносить любые последующие решения" (A/CN.9/523, пункт 64; ранее проведенное обсуждение см. пункт 43, и A/CN.9/508, пункт 57).

Пункт 4

Место пункта 4

17. Пункт 4 пересмотренного проекта (ранее пункт 5 предложения Соединенных Штатов) был перенесен в другое место текста, с тем чтобы отразить тот факт, что он предназначен для применения в отношении обеспечительных мер в целом, а не только в отношении мер, которые могут быть предписаны *ex parte* в соответствии с пунктом 7 пересмотренного проекта (A/CN.9/523, пункт 45). Рабочая группа решила также перенести пункты 6 и 7 предложения Соединенных Штатов (пункты 5 и 6 пересмотренного проекта) и разместить их перед пунктом, касающимся обеспечительных мер *ex parte* (A/CN.9/523, пункт 45).

Взаимосвязь между пунктом 4 и пунктом 7(b)(ii)

18. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы была выражена обеспокоенность в связи с тем, что этот текст в существующей формулировке может дать возможность уклониться от представления обязательного обеспечения в отношении мер *ex parte* (A/CN.9/523, пункт 46). Было высказано мнение о том, что этот текст основывается на том представлении, что в отношении мер *inter partes* требование предоставления обеспечения должно выдвигаться по усмотрению третейского суда (A/CN.9/523, пункт 46). Для того чтобы снять основания для подобного беспокойства в пересмотренный проект включены в квадратных скобках два альтернативных текста, а именно: "с учетом положений пункта 7(b)(ii)" или "за исключением случаев, когда предоставление обеспечения является обязательным в соответствии с пунктом 7(b)(ii)". Эти альтернативные формулировки призваны отразить решение Рабочей группы о том, что пункт 4 следует подчинить пункту 7(b)(ii) и что следует провести разграничение между ситуацией, когда предоставление обеспечения является результатом осуществления третейским судом его дискреционных полномочий, и ситуацией, когда третейский суд обязан потребовать предоставления обеспечения от стороны, запрашивающей обеспечительные меры *ex parte*.

"и любой другой стороны"

19. На своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа решила также включить слова "и любой другой стороны" после слов "запрашивающей стороны", с тем чтобы наделить третейский суд правом рассматривать некоторые ситуации в сфере многостороннего арбитражного разбирательства, например ситуацию, когда имеются несколько истцов, каждому из которых выгодно принять обеспечительные меры, но просьба о предписании обеспечительных мер поступает только от одного истца, не располагающего активами. В этой ситуации третейский суд сможет по своему усмотрению требовать от других истцов предоставления обеспечения. Кроме того, ссылка на "любую сторону" позволит охватить ситуацию, когда одна из сторон предоставляет встречное обеспечение (A/CN.9/523, пункт 48).

Пункт 5

"с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств"

20. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы было предложено не ограничивать право изменять или прекращать обеспечительную меру. С учетом чрезвычайного характера таких мер было высказано мнение, что, если третейский суд имеет право предписывать такие меры, то он должен также обладать правом изменять или прекращать их. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включать формулировку "с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств", которая в настоящее время заключена в квадратные скобки и первоначально использовалась в предложении Секретариата (см. A/CN.9/508, пункты 88–89), с тем чтобы избежать установления произвольных дискреционных полномочий.

Применение в отношении мер ex parte

21. Было указано также, что, поскольку пункт 5, как представляется, распространяется и на меры *ex parte*, обстоятельства, при которых третейский суд может пожелать прекратить или изменить обеспечительную меру, могут возникнуть в течение периода *ex parte*, и поэтому требование сообщать об этом сторонам, которые затрагиваются данной мерой, как это предусмотрено в пункте 7(е), может нанести ущерб такой мере. Было предложено продолжить рассмотрение вопроса о том, следует ли проводить какое-либо разграничение в зависимости от того, является ли обеспечительная мера *inter partes* или *ex parte*; в этом случае, возможно, потребуется подготовить отдельное положение в отношении мер *ex parte* (A/CN.9/523, пункт 52).

Санкция

22. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности пересмотра пункта 5, с тем чтобы предусмотреть в нем четкую санкцию, если не выполняется обязанность, предусмотренная в пункте 6 (A/CN.9/523, пункт 49; см. также пункт 24 ниже).

Пункт 6

"или любая другая сторона"

23. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы отмечалось, что в случае принятия решения о включении в пункт 4 формулировки "или любой другой стороны" ее следует включить и в текст, который в настоящее время содержится в пункте 6 (A/CN.9/523, пункт 49). Было высказано мнение о том, что это, тем не менее, может привести к возникновению дополнительных споров между сторонами. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого вопроса.

Санкция

24. Было высказано мнение о том, что, несмотря на предусмотренную обязанность сообщать третейскому суду о любом существенном изменении обстоятельств, связанных с предписанием обеспечительной меры, никаких санкций за нарушение этой обязанности не предусмотрено. В ответ было

заявлено, что этот вопрос вполне может быть рассмотрен в рамках пункта 5 (A/CN.9/523, пункт 49). С учетом этого на тридцать седьмой сессии Рабочей группы не было принято никакого решения относительно изменения текста пункта 6. Если Рабочая группа решит, что в пункте 5 следует предусмотреть определенную санкцию в случае нарушения положений пункта 6, Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос об изменении порядка очередности изложения этих пунктов.

25. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об уместности формулировки, используемой в пункте 6, в котором содержится ссылка на "любое существенное изменение обстоятельств" с учетом формулировки, используемой в пункте 5, в котором содержится ссылка на "изменение обстоятельств".

Пункт 7

Общее замечание

26. Вопрос о полномочиях третейского суда предписывать обеспечительные меры *ex parte* являлся предметом продолжительных обсуждений на тридцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/523, пункты 16–27). Высказанное на тридцать шестой сессии Рабочей группы мнение о том, что полномочия предписывать меры *ex parte* следует предусмотреть только для государственных судов, было вновь высказано в ходе тридцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/523, пункт 17). Хотя ряд делегаций по-прежнему выступали против предоставления третейским судам полномочий предписывать обеспечительные меры *ex parte*, Рабочая группа, тем не менее, решила продолжить рассмотрение предложения Соединенных Штатов (A/CN.9/523, пункт 28).

Подпункт (a)

27. Значительное внимание в ходе тридцать седьмой сессии Рабочей группы было уделено тексту, содержащемуся в пункте 7(a) пересмотренного проекта (ранее пункт 5 предложения Секретариата и пункт 4(a) предложения Соединенных Штатов) (A/CN.9/523, пункты 28–33). На этой сессии Рабочая группа приняла к сведению, в частности, предложение продолжить рассмотрение вопроса о возможности отмены обеспечительной меры *ex parte*, если другая сторона предоставила надлежащее обеспечение (A/CN.9/523, пункт 33). Этот вопрос не рассматривается в пересмотренном проекте.

28. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности использования, в целях обеспечения последовательности, формулировки "сторона, затрагиваемая такой мерой", используемой в пункте 3(a), в пунктах 7(a), (b)(i), (d) и (e) для замены формулировки "сторона, в отношении которой принимается такая мера". Оба альтернативных варианта включены в пересмотренный текст в квадратных скобках.

29. Широкую поддержку на тридцать седьмой сессии Рабочей группы получило мнение о том, что, даже если меры *ex parte* будут в конечном счете предусмотрены, в соответствующем положении следует указать, что такие меры могут быть предписаны только в исключительных обстоятельствах (A/CN.9/523, пункт 17). Слова "в исключительных обстоятельствах" были включены после слов "третейский суд может". Рабочая группа решила, что пункт 4(a)

предложения Соединенных Штатов следует пересмотреть, с тем чтобы принять во внимание мнения и беспокойство, выраженные Рабочей группой, и, в частности, признать свободу договора сторон на основе предоставления им права отказываться от соблюдения положения, предоставляющего третейскому суду полномочия предписывать обеспечительные меры *ex parte* (A/CN.523, пункт 31). Для выполнения этого решения в пункт 7(a) пересмотренного проекта включена ссылка на "стороны" после вводной формулировки "если не согласовано иное", как это предлагалось на тридцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.523, пункт 54).

30. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы был подготовлен пересмотренный проект пункта 4(a) предложения Соединенных Штатов (A/CN.9/523, пункты 32 и 53–69) (далее в тексте "пересмотренный вариант пункта 4(a)"), и в пересмотренном проекте текста были учтены следующие решения и предложения, выдвинутые на этой сессии:

- предпочтение было отдано второй заключенной в квадратные скобки альтернативной формулировке в пересмотренном варианте пункта 4(a)(i) (пункт 7(a)(iii) пересмотренного проекта) и термин "defeated" был заменен термином "frustrated" (A/CN.9/523, пункты 57 и 61);
- пункт 7(a)(ii) пересмотренного проекта (ранее подпункт (iv) пересмотренного варианта пункта 4(a)) был пересмотрен в соответствии с предложениями, высказанными на тридцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/523, пункт 64);
- слова "или до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения" были исключены, исходя из того, что в тексте надлежащим образом охватывается ситуация, когда уведомление было направлено, однако другая сторона либо не смогла ответить, либо не ответила на такое уведомление (A/CN.9/523, пункт 60);
- было решено, что условия, применимые в отношении мер *inter partes* и указанные в пункте 3 предложения Соединенных Штатов, должны применяться также в отношении мер *es parte*, но что требование, установленное в пункте 3(c) в отношении "значительной возможности" успеха в отношении существа спора, следует значительно смягчить путем использования более нейтральной формулировки (A/CN.9/523, пункт 31); в пункт 7(a) пересмотренного проекта была добавлена ссылка на необходимость выполнения требований, установленных в пункте 3 (A/CN.9/523, пункт 62);
- в настоящее время в подпункте (a) перечислены условия, которые должны соблюдаться стороной, ходатайствующей о принятии обеспечительных мер *ex parte*, а в подпункте (b) содержится ссылка на обязательства, которые должны выполняться стороной, ходатайствующей о принятии обеспечительных мер *ex parte*; Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности такой новой структуры;
- другие высказанные предложения предусматривали установление обязательного требования о том, что сторона, ходатайствующая о принятии таких мер, должна предоставить обеспечение в отношении выплаты

компенсации другой стороне в том случае, если обеспечительная мера впоследствии будет сочтена неоправданной; обязательство лица, ходатайствующего о принятии мер *ex parte*, продемонстрировать отсутствие каких-либо других средств правовой защиты и подтверждение того, что данное средство правовой защиты является единственно возможным; а также применение в случае мер *ex parte* принципов разумности и пропорциональности (A/CN.9/523, пункт 30). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть эти дополнительные предложения.

Подпункт (b)

31. Текст пункта 7(b)(i) пересмотренного проекта (ранее подпункт (v) пересмотренного варианта пункта 4(a)) был пересмотрен для исключения ссылки на "объективную ответственность" и включения в квадратных скобках слов "в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора" (A/CN.9/523, пункты 31 и 66–67).

32. Текст пункта 7(b)(ii) пересмотренного проекта (ранее пересмотренный вариант пункта 4(a)(vi)) был пересмотрен, с тем чтобы принять во внимание принятое на тридцать седьмой сессии Рабочей группы решение отдать предпочтение словам "обеспечение в такой форме, какую третейский суд сочтет надлежащей". Было также отдано предпочтение использованию формулировки "в отношении любого ущерба или любых издержек арбитражного разбирательства, упомянутых в подпункте (i)" (A/CN.9/523, пункты 68–69). В целях обеспечения соответствия с формулировкой пункта 4 пересмотренного проекта в пункт 7(b)(ii) включена ссылка на предоставление обеспечения "в качестве условия предписания меры в соответствии с настоящим пунктом". Широкую поддержку на тридцать седьмой сессии Рабочей группы получило мнение о том, что предоставление обеспечения в отношении мер *ex parte* должно быть обязательным (A/CN.9/523, пункт 46). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, отражает ли данный подпункт это мнение надлежащим образом.

Подпункт (c)

33. Рабочая группа решила заключить перекрестную ссылку на подпункт (b) пересмотренного проекта (ранее перекрестная ссылка на пересмотренный вариант пункта 4(a)(v) и (vi)) в квадратные скобки с учетом выраженного сомнения в необходимости перекрестной ссылки на подпункт (b)(ii) (ранее подпункт (vi) пересмотренного варианта пункта 4(a)) (A/CN.9/523, пункт 72). Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить обсуждение этого вопроса на своей тридцать восьмой сессии.

34. Слова "в целях избежания сомнений" были включены в качестве вводной формулировки подпункта (c) пересмотренного проекта для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий (A/CN.9/523, пункт 70). На тридцать седьмой сессии Рабочей группы это предложение получило определенную поддержку, однако было указано, что такая формулировка, как правило, считается неуместной в законодательном тексте и во многих странах такой пункт будет содействовать не рассеиванию сомнений, а расширению юрисдикционных полномочий третейского суда по сравнению с предельными полномочиями, возложенными на третейский суд сторонами в арбитражном

соглашении (A/CN.9/523, пункт 70). Было высказано мнение о том, что при формулировании положения, расширяющего юрисдикцию третейского суда в связи с принятием обеспечительных мер на основе *ex parte*, Рабочей группе следует избегать формулировок, в результате которых может создаваться впечатление, что такое положение следует толковать *a contrario* в контексте обеспечительных мер, которые предписываются *inter partes* (A/CN.9/523, пункт 71).

Подпункт (d)

35. Пункт 7(d) пересмотренного проекта (ранее пункт 4(c) предложения Соединенных Штатов) был пересмотрен с учетом замечаний и предложений, изложенных в пунктах 74–75 документа A/CN.9/523. В результате такого пересмотра был, в частности, изменен порядок очередности подпунктов (b) и (c) пункта 4 предложения Соединенных Штатов в соответствии с просьбой Рабочей группы (A/CN.9/523, пункт 73). Следует отметить, что в пункте 7(d) содержится ссылка на предоставляемую запрашивающей стороне "возможность" быть заслушанной либо "если более не существует необходимости действовать на основе *ex parte*, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры", либо "в течение 48 часов после направления уведомления или в такую другую дату или время, которые могут оказаться соответствующими в данных обстоятельствах". Первый вариант обеспечивает определенную гибкость. Тем не менее, если Рабочая группа отдаст предпочтение второму варианту, следует отметить, что в таком случае необходимо будет вернуться к рассмотрению вопроса о том, когда должно направляться уведомление. Пункт 7(d) в существующей формулировке применяется только в отношении мер *ex parte*. Тем не менее на тридцать седьмой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что в ходе будущих обсуждений необходимо решить, будет ли данный пункт применяться только в контексте обеспечительных мер, предписываемых на основе *ex parte*, или же в более широком плане в отношении всех категорий обеспечительных мер (A/CN.9/523, пункт 75).

Подпункт (e)

36. Текст пункта 7(e) пересмотренного проекта (ранее пункт 4(b) предложения Соединенных Штатов) был пересмотрен с учетом результатов обсуждений, проведенных Рабочей группой на ее тридцать седьмой сессии (A/CN.9/523, пункт 73). В пункте 7(e) предусматривается, что обеспечительная мера действует в течение срока, не превышающего двадцать дней, а также предусмотрены два варианта для определения начального момента такого двадцатидневного срока. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы выражалось беспокойство в связи с установлением общего предельного срока, например в 20 дней (A/CN.9/523, пункты 20, 25 и 73). Было выражено беспокойство в связи с тем, что этот пункт в существующей редакции не позволяет достичь соответствующей цели, которая заключается в том, чтобы обеспечить изменение баланса в рамках арбитражного разбирательства после вынесения постановления о принятии мер *ex parte* за счет предоставления другой стороне возможности быть заслушанной и обеспечения возможности для пересмотра такой меры как можно скорее. Было указано, что установление баланса в рамках арбитражного разбирательства рассматривается в пункте 4(c) предложения Соединенных Штатов (пункт 7(d) пересмотренного проекта), что обеспечивает запрашивающей стороне возможность быть

заслушанной (A/CN.9/523, пункт 73). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, позволяет ли данный текст в его существующей формулировке решить эти проблемы. Рабочей группе следует учитывать, что слова "настоящий пункт не затрагивает полномочий третейского суда предписывать, подтверждать, продлевать или изменять обеспечительную меру в соответствии с пунктом 1 после того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, направляется уведомление и предоставляется возможность изложить свои возражения" отличается от текста, который содержался в пункте 7 предложения Секретариата и в котором предусматривалось, что "срок действия меры, предписанной согласно пункту 5, может быть продлен или изменен после направления уведомления стороне, в отношении которой она принимается, и предоставления ей возможности представить свои возражения". Следует отметить, что если в предложении Секретариата говорилось о продлении или изменении обеспечительной меры *ex parte* после заслушивания запрашивающей стороны, в нынешнем тексте речь идет об обеспечительных мерах в целом и предусматривается предписание или подтверждение либо обеспечительной меры *ex parte*, либо абсолютно новой обеспечительной меры.

Подпункт (f)

37. В отношении пункта 7(f) пересмотренного проекта (ранее пункт 4(d) предложение Соединенных Штатов) было высказано мнение о том, что в любом будущем пересмотренном варианте этого положения необходимо установить четкую связь между обязательством сообщать об изменении обстоятельств и режимом ответственности, применимым в отношении стороны, ходатайствующей о принятии обеспечительной меры (A/CN.9/523, пункты 49 и 76). Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого предложения.

38. Рабочей группе следует учитывать, что в пункте 7(f) предусматривается обязательство, аналогичное обязательству, установленному в пункте 6, хотя в пункте 7(f), как представляется, устанавливается несколько более широкое обязательство в отношении предоставления информации. На тридцать седьмой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что в тексте, содержащемся в пункте 7(f), если он будет сохранен, следует предусмотреть определенный предельный срок, в течение которого сторона, ходатайствующая о принятии обеспечительной меры, должна сообщать об изменении обстоятельств третейскому суду. Как отмечалось выше (пункт 24), Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности установления санкции за невыполнение пункта 6. Если Рабочая группа решит предусмотреть такую санкцию, необходимо будет также решить, должно ли обязательство по предоставлению информации в соответствии с пунктом 6 применяться как в отношении мер *inter partes*, так и в отношении мер *ex parte* или, если пункт 7(f) будет решено сохранить, следует ли предусмотреть отдельную санкцию за его нарушение. Следует отметить, что результат, ожидаемый от пункта 7(f) (а именно – установление для стороны, ходатайствующей о принятии меры *ex parte*, жесткого обязательства предоставлять информацию), уже достигается в результате применения пункта 6 и что дублирование такого обязательства может повлиять на четкость изложения и внутреннюю логику текста.