



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
8 December 2003*

Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций

по праву международной торговли

Тридцать седьмая сессия

Нью-Йорк, 14 июня – 2 июля 2004 года

Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать девятой сессии (Вена, 10–14 ноября 2003 года)

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1–17	3
II. Обсуждения и решения	18	7
III. Пересмотренный проект статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся полномочий третейского суда предписывать обеспечительные меры	19–92	7
Пункт 1	20	9
Пункт 2	21–27	9
Подпункты (a) и (b)	22–25	10
Подпункт (c)	26	11
Подпункт (d)	27	12
Пункт 3	28–32	12
Подпункт (a)	29–30	12
Подпункт (b)	31–32	13
Пункт 4	33–34	14
Пункт 5	35–43	14
Пункт 6	44–48	17

* Задержка в представлении настоящего документа вызвана недостаточными кадровыми ресурсами секретариата в данное время.



Пункт 7	49–92	18
Подпункт (a)	52–54	19
Подпункт (a)(i)	55	20
Подпункт (a)(ii)	56	20
Подпункт (a)(iii)	57–58	20
Подпункт (b)	59–62	21
Подпункт (b)(i)	63–68	22
Подпункт (b)(ii)	69–70	24
Подпункт (c)	71–73	24
Подпункт (d)	74–82	25
Подпункт (e)	83–87	27
Подпункт (f)	88–92	29
IV. Пересмотренный проект статьи 17 бис Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся признания и приведения в исполнение обеспечительных мер	93–112	33
Пункт 1	95–102	33
Пункт 2	103	35
Подпункт (a)	104	35
Подпункт (a)(i)	105–112	35

I. Введение

1. Комиссии на ее тридцать второй сессии в 1999 году была представлена записка под названием "Возможная будущая работа в области международного коммерческого арбитража" (A/CN.9/460). Приветствуя возможность обсудить вопрос о целесообразности и возможности дальнейшего развития права в области международного коммерческого арбитража, Комиссия в целом пришла к выводу, что настало время оценить обширный и позитивный опыт принятия на национальном уровне Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год), а также использования Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, и оценить в рамках универсального форума, каковым является Комиссия, приемлемость идей и предложений о совершенствовании арбитражных законов, регламентов и практики¹.
2. Комиссия поручила эту работу одной из своих рабочих групп, которая была названа Рабочей группой II (Арбитраж), и постановила, что приоритетными для Рабочей группы должны стать следующие темы: согласительная процедура², требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения³, возможность приведения в исполнение обеспечительных мер⁴ и возможность приведения в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно вынесено⁵.
3. На ее тридцать третьей сессии в 2000 году Комиссии был представлен доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/468). Комиссия с удовлетворением приняла к сведению этот доклад и подтвердила мандат Рабочей группы в отношении принятия решения о времени и способе рассмотрения этих тем будущей работы. В ряде выступлений говорилось о том, что при определении приоритетности будущих пунктов своей повестки дня Рабочая группа, как правило, должна уделять особое внимание тому, что целесообразно и осуществимо, и тем случаям, когда в результате решений суда правовые аспекты ситуации остаются неясными или неудовлетворительными. К числу тем, упоминавшихся в Комиссии в качестве потенциально заслуживающих рассмотрения, помимо тем, которые в качестве таковых может определить Рабочая группа, относятся следующие: значение и последствия положения о наиболее благоприятном праве, содержащегося в статье VII Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года (далее в тексте – "Нью-Йоркская конвенция") (A/CN.9/468, пункт 109(k)); выдвижение требований в ходе арбитражного разбирательства в целях зачета и юрисдикция третейского суда в отношении таких требований (там же, пункт 107(g)); свобода сторон принимать решение о том, что в ходе арбитражного разбирательства их будут представлять лица по их выбору (там же, пункт 108(c)); остаточные дискреционные полномочия на вынесение постановления о приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от существования каких-либо оснований для отказа, перечисленных в статье V Нью-Йоркской конвенции 1958 года (там же, пункт 109(i)); и полномочия третейского суда по присуждению процентов (там же, пункт 107(j)). С одобрением было отмечено, что в отношении арбитражных разбирательств в режиме "он-лайн" (т.е. таких арбитражных разбирательств, когда значительная часть арбитражных процедур или даже все такие процедуры осуществляются с использованием электронных средств

передачи сообщений) (там же, пункт 113), Рабочая группа по арбитражу будет взаимодействовать с Рабочей группой по электронной торговле. Что касается возможности приведения в исполнение арбитражных решений, отмененных в государстве, где они вынесены (там же, пункт 107(m)), то было высказано мнение о том, что этот вопрос вряд ли вызовет много проблем и что не следует считать, что прецедентное право, в результате которого возник этот вопрос, дает начало какой-либо тенденции⁶.

4. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Комиссия с признательностью приняла к сведению доклады Рабочей группы о работе ее тридцать третьей и тридцать четвертой сессий (A/CN.9/485 и A/CN.9/487, соответственно). Комиссия дала Рабочей группе высокую оценку за прогресс, достигнутый к этому моменту по обсуждаемым трем основным вопросам, а именно в том, что касается требования в отношении письменной формы арбитражного соглашения, вопросов, связанных с обеспечительными мерами, и подготовки типового закона о согласительной процедуре⁷.

5. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия приняла Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре и с удовлетворением приняла к сведению доклад Рабочей группы о работе ее тридцать шестой сессии (A/CN.9/508). Комиссия выразила Рабочей группе благодарность за достигнутый прогресс в рассмотрении обсуждаемых вопросов, а именно вопроса о требовании в отношении письменной формы арбитражного соглашения и вопросов, касающихся обеспечительных мер.

6. Что касается требования в отношении письменной формы арбитражного соглашения, то Комиссия отметила, что Рабочая группа рассмотрела проект типового законодательного положения, пересматривающего пункт 2 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (см. A/CN.9/WG.II/WP.118, пункт 9), а также обсудила проект документа о толковании пункта 2 статьи II Нью-йоркской конвенции (там же, пункты 25 и 26). Комиссия отметила, что Рабочая группа не достигла консенсуса по вопросу о том, следует ли подготовить протокол о поправках или же документ о толковании Нью-йоркской конвенции, и что оба эти варианта должны оставаться открытыми для рассмотрения Рабочей группой или Комиссией на более позднем этапе. Комиссия приняла к сведению решение Рабочей группы разработать руководящие положения, касающиеся толкования и применения требований в отношении письменной формы, установленных в Нью-йоркской конвенции, с целью достижения большей степени единообразия. Ценным вкладом в достижение этой цели могло бы явиться руководство по принятию проекта новой статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже, который Секретариату было предложено подготовить для будущего рассмотрения Рабочей группой и в котором благоприятным образом устанавливалась бы связь между новыми положениями и Нью-йоркской конвенцией, до принятия Рабочей группой окончательного решения о наилучших путях урегулирования вопроса, касающегося применения статьи II (2) Нью-йоркской конвенции (A/CN.9/508, пункт 15). Комиссия поддержала мнение о том, что государствам-членам и государствам, принимающим участие в обсуждениях в рамках Рабочей группы в качестве наблюдателей, следует предоставить достаточное время для проведения консультаций по этим важным вопросам, включая возможность продолжения рассмотрения вопроса, касающегося значения и последствий положения о

наиболее благоприятном праве, содержащегося в статье VII Нью-Йоркской конвенции, как это отмечалось Комиссией на ее тридцать четвертой сессии. Комиссия высказала мнение о том, что для этих целей Рабочей группе, возможно, желательно отложить рассмотрение вопросов, касающихся требования в отношении письменной формы арбитражного соглашения и Нью-Йоркской конвенции.

7. В отношении вопросов, касающихся обеспечительных мер, Комиссия отметила, что Рабочая группа рассмотрела проект текста о пересмотре статьи 17 Типового закона (A/CN.9/WG.II/WP.119, пункт 74) и что Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект положений на основе результатов обсуждений в Рабочей группе для рассмотрения на одной из будущих сессий. Кроме того, отмечалось, что пересмотренный проект новой статьи, подготовленный Секретариатом для включения в Типовой закон и касающийся приведения в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом (там же, пункт 83), будет рассмотрен Рабочей группой на ее тридцать седьмой сессии (A/CN.9/508, пункт 16)⁸.

8. На своей тридцать седьмой сессии (Вена, 7–11 октября 2002 года) Рабочая группа обсудила вопрос об обеспечительных мерах, предписываемых третейским судом, на основе предложения Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.II/WP.121) и записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.119). Рабочая группа провела также краткое обсуждение по вопросу о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер на основе записки, подготовленной Секретариатом. В связи с этим Соединенные Штаты представили еще одно редакционное предложение (A/CN.9/523, пункты 14, 78 и 79).

9. На своей тридцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 12–16 мая 2003 года) Рабочая группа обсудила вопрос о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер, решение о которых вынесено третейским судом, а также рассмотрела проект положения, устанавливающего полномочия суда предписывать обеспечительные меры для поддержки арбитражного разбирательства. Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект, который будет содержать варианты, обсужденные Рабочей группой.

10. На своей тридцать шестой сессии (Вена, 30 июня – 11 июля 2003 года) Комиссия согласилась с тем, что работа над всеми темами, а именно письменной формой арбитражных соглашений и различными вопросами, рассматриваемыми в области обеспечительных мер, вряд ли может быть завершена к тридцать седьмой сессии Комиссии в 2004 году. Комиссия выразила понимание, что Рабочая группа в приоритетном порядке рассмотрит вопрос об обеспечительных мерах, и отметила точку зрения о том, что вопрос об обеспечительных мерах *ex parte*, который, по общему мнению Комиссии, по-прежнему вызывает споры, не должен задерживать ход работы по этой теме⁹.

11. Рабочая группа по арбитражу, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою тридцать девятую сессию в Вене с 10 по 14 ноября 2003 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Бразилии, Германии Индии, Ирана (Исламская Республика), Испании, Италии, Канады, Кении, Китая, Колумбии, Литвы, Мексики, Российской Федерации, Сингапура,

Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Уругвая, Франции, Швеции и Японии.

12. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Албании, Алжира, Аргентины, Венесуэлы, Дании, Зимбабве, Ирландии, Йемена, Катара, Кипра, Коста-Рики, Кубы, Кувейта, Ливана, Нигерии, Пакистана, Панамы, Перу, Польши, Республики Кореи, Словакии, Турции, Украины, Финляндии, Хорватии и Швейцарии.

13. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих межправительственных организаций: Гаагской конференция по частному международному праву, Международного союза нотариусов романских языков (МСНРЯ), Консультативного комитета по статье 2022 НАФТА и Постоянной палаты третейского суда (ППТС).

14. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных неправительственных организаций, приглашенных Комиссией: Американской арбитражной ассоциации (AAA), Арабского союза международного арбитража, Каирского регионального центра по международному коммерческому арбитражу, Центра международных юридических исследований (ЦМЮИ), Совета коллегий адвокатов Европейского союза (СКЕС), Международного совета по торговому арбитражу (МСТА), Арбитражного суда Международной торговой палаты (МТП), Ассоциации "Мут Алумни", Регионального арбитражного центра Куала-Лумпур, Школы международного арбитража, Высшего института арбитров, Клуба арбитров и Европейской ассоциации студентов-юристов (ЕАСЮ).

15. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Хосе Мария АБАСКАЛЬ САМОРА (Мексика)

Докладчик: г-жа Вилаван МАНГКЛАТАНАКУЛ (Таиланд).

16. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы: а) предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/WP.124); б) записка Секретариата, содержащая пересмотренный текст проекта положения о полномочиях третейского суда предписывать обеспечительные меры (A/CN.9/WG.II/WP.123); в) новый пересмотренный проект положения о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер, подготовленный в соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее тридцать восьмой сессии (A/CN.9/WG.II/WP.125); г) доклады Рабочей группы о работе ее тридцать седьмой и тридцать восьмой сессий (A/CN.9/523 и 524).

17. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Расписание заседаний
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Подготовка единообразных положений об обеспечительных мерах для включения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже

5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

II. Обсуждения и решения

18. Рабочая группа обсудила пункт 4 повестки дня на основе текста, содержащегося в записках, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WR.123 и 125). Итоги обсуждений и выводы Рабочей группы по этому пункту отражены в главах III и IV ниже. Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект ряда положений на основе результатов обсуждений и выводов Рабочей группы.

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

19. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 17:

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

b) 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].
- 6) 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 этим 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.]"

Пункт 1

20. Рабочая группа сочла содержание пункта 1 в целом приемлемым.

Пункт 2

Исчерпывающий характер перечня функций, характерных для обеспечительных мер

21. Рабочая группа напомнила, что на своей тридцать седьмой сессии она согласилась с необходимостью абсолютно ясного указания на то, что перечень обеспечительных мер, упоминающихся в различных подпунктах, не предполагалось сделать исключительным (A/CN.9/508, пункт 71). Рабочая группа отметила, что этот перечень в пересмотренном варианте носит, как представляется, исчерпывающий характер. Она перешла к рассмотрению вопроса о том, охватывает ли нынешняя формулировка все теоретически возможные основания, обуславливающие необходимость в вынесении обеспечительных мер. Было высказано мнение о том, что может быть добавлен пункт, оставляющий открытой возможность для третейского суда предписать обеспечительную меру в исключительных обстоятельствах, не охватываемых нынешней формулировкой пункта 2. Хотя в отношении этого предложения была

высказана определенная поддержка, широкое распространение получило мнение о том, что необходимости в предложенном добавлении не имеется. Было напомнено, что в данном пункте в его предыдущей редакции предпринималась попытка перечислить все обеспечительные меры, в то время как в нынешней формулировке используются широкие построенные по родовому признаку категории, описывающие функции или цели различных обеспечительных мер, без концентрации внимания на каких-либо конкретных мерах. Таким образом, в нынешнем проекте используется гибкий подход, охватывающий все возможные обстоятельства, при которых могут испрашиваться обеспечительные меры. Было также указано, что предпочтительной являлась бы подготовка исчерпывающего основывающегося на родовом признаке перечня, поскольку это позволило бы обеспечить ясность в отношении полномочий третейского суда, а также, возможно, более значительную определенность для судов общей юрисдикции на этапе признания или приведения в исполнение обеспечительной меры. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что, поскольку все цели обеспечительных мер в целом охвачены пересмотренным перечнем, содержащимся в пункте 2, необходимости в придании этому перечню неисчерпывающего характера более не имеется.

Подпункты (а) и (b)

"[с тем, чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения]"

22. Было предложено исключить заключенный в квадратные скобки текст в подпунктах (а) и (b): "с тем чтобы обеспечить или повысить эффективность последующего решения". В поддержку этого предложения было указано, что в пункте 2 содержится определение обеспечительной меры, а не устанавливаются условия, необходимые для ее вынесения, поскольку эти условия излагаются в пункте 3 проекта статьи. Было указано, что сохранение в подпунктах (а) и (b) текста, заключенного в квадратные скобки, может быть истолковано как налагающее дополнительное условие, которое должно быть соблюдено до вынесения обеспечительной меры. Кроме того, было указано на возможность существования обстоятельств, когда обеспечительная мера может быть испрашена для иных целей, чем обеспечение или повышение эффективности последующего решения, например, когда одна из сторон испрашивает обеспечительную меру с тем, чтобы не допустить обострения спора другой стороной путем возбуждения производства в другом форуме. Рабочая группа согласилась с исключением заключенного в квадратные скобки текста в подпунктах (а) и (b).

"поддерживать или восстановить статус-кво"

23. Было предложено объединить подпункты (а) и (b), поскольку необходимость поддерживать или восстанавливать статус-кво следует рассматривать лишь как подкатегорию более широкой группы обстоятельств, когда обеспечительная мера необходима для предупреждения ущерба стороне, обращающейся за вынесением такой обеспечительной меры. Был задан вопрос более общего плана, заключающийся в том, следует ли рассматривать поддержание или восстановление статуса-кво в качестве естественной функции третейского суда в отсутствие любых обстоятельств, охватываемых подпунктом (b). В то же время решительная поддержка была высказана мнению

о необходимости сохранения подпункта (а), в котором излагается концепция поддержания статуса-кво, поскольку эта концепция широко используется и прекрасно понимается во многих системах в качестве одной из целей предписания обеспечительной меры.

"нынешний или неизбежный будущий ущерб"

24. Было высказано мнение, что если Рабочая группа согласится с исключением текста, заключенного в квадратные скобки в подпункте (b), то в результате останется весьма широкое определение, содержащее ссылку на ущерб, без какого-либо указания на характер такого ущерба или на лицо, которое его понесет. Было высказано предположение о том, что это может привести к вынесению третейскими судами обеспечительных мер, которые не будут поддержаны судами общей юрисдикции, а также может способствовать прениям сторон в суде, рассматривающем ходатайство о приведении в исполнение, по вопросу о том, наличие какого ущерба является необходимым. После обсуждения Рабочая группа согласилась, однако, с тем, что, хотя между подпунктами (а) и (b) и существует, несомненно, определенное дублирование, сохранение обоих подпунктов вряд ли может причинить какой-либо вред и может, кроме того, рассматриваться в качестве особенно полезного в ряде правовых систем.

25. Был задан вопрос о том, является ли уместным использование в подпункте (b) слов "нынешний или неизбежный будущий ущерб" и не приведут ли они к проблемам доказывания с учетом того, что в момент обращения с ходатайством о вынесении обеспечительной меры часто не имеется достаточных фактов, доказывающих, что если та или иная конкретная мера не будет принята или если та или иная сторона не воздержится от ее принятия, то это неизбежно повлечет за собой ущерб. Было высказано предположение о том, что эту обеспокоенность можно было бы снять с помощью использования таких слов, как "по всей вероятности, вызовут" или "могли бы вызвать". Ряд делегаций выразили обеспокоенность тем, что подобная формулировка может установить пороговое требование для получения обеспечительной меры на слишком низком уровне и может привести к наделению третейского суда слишком широкой свободой усмотрения в вопросе о вынесении обеспечительных мер. После обсуждения Рабочая группа, однако, приняла решение о замене в тексте на английском языке слов "would cause" словами "is likely to cause".

Подпункт (c)

26. Была высказана просьба о разъяснении относительно содержания подпункта (c), и в частности относительно использования слов "обеспечения активов". Было указано, что эта формулировка может быть неверно истолкована как требующая предоставления юридических гарантий или обеспечения. Рабочая группа согласилась с тем, что эта формулировка касается просто обеспечения наличия активов и не должна во всех случаях толковаться как требующая юридических гарантий или обеспечения. Рабочая группа в целом пришла к мнению о том, что в подпункте (c) предполагается указать на сохранение активов. Рабочая группа приняла к сведению предложение о том, чтобы редакционная группа, которая на более позднем этапе будет создана Секретариатом для обеспечения соответствия между текстами на различных языках, рассмотрела возможность использования вместо слов "обеспечения

активов" формулировки "сохранения активов" или каких-либо других аналогичных слов. Рабочая группа также приняла к сведению мнение о том, что слово "предварительный" в подпункте (с) является излишним, потенциально может ввести в заблуждение и что его следует исключить.

Подпункт (d)

27. Рабочая группа напомнила о том, что подпункт (d) пересмотренного проекта на тридцать седьмой сессии не обсуждался. Было решено сохранить содержание подпункта (d) и снять квадратные скобки. Хотя было высказано мнение о том, что для некоторых правовых систем подпункт (d) является излишним, текст был сочтен важным, поскольку вопрос о сохранении доказательств не обязательно достаточно полно регулируется внутренними нормами гражданской процедуры во всех странах.

Пункт 3

"[демонстрирует] [показывает] [доказывает] [устанавливает]"

28. Рабочая группа напомнила, что на ее тридцать восьмой сессии была выражена обеспокоенность в связи с тем, что слово "демонстрирует", использованное во вступительной формулировке данного пункта, может предполагать установление высокого стандарта доказывания. Было напомнено, что аналогичное обсуждение состоялось на тридцать шестой сессии Рабочей группы и что вместо этого слова было предложено использовать такие глаголы, как "показать", "доказать" и "установить", хотя Рабочая группа и не приняла какого-либо решения по этому вопросу (A/CN.9/508, пункт 58). На нынешней сессии Рабочая группа согласилась с тем, что редакцию вводной части пункта 3 следует изменить, с тем чтобы лучше отразить намерение Рабочей группы использовать нейтральную формулировку стандарта доказывания. Была предложена примерно следующая формулировка: "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, убеждает третейский суд в том, что ...". Предложенная формулировка получила широкую поддержку. В качестве альтернативного редакционного предложения было предложено использовать следующие слова: "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, представляет доказательства того, что ...". Было выражено мнение, что могла бы быть использована еще более нейтральная формулировка примерно следующего содержания: "Арбитражный суд удостоверится в том, что ...". В ответ было указано, что, хотя нейтральный подход в том, что касается *стандарта* доказывания, является желательным, в данном положении необходимо четко установить, что *бремя* убеждения третейского суда в соблюдении условий для предписывания обеспечительной меры должно лежать на испрашивающей стороне. После обсуждения Рабочая группа решила использовать слова "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру, убеждает третейский суд в том, что ...".

Подпункт (a)

"непоправимый вред"

29. Была выражена обеспокоенность относительно использования термина "непоправимый вред". Было высказано мнение, что в коммерческом контексте большинство последствий может быть исправлено путем уплаты денежной компенсации и что термин "непоправимый вред" является, возможно, слишком

узким. Альтернативные предложения сводились к тому, чтобы сослаться на "значительный", "исключительный" или "существенный" ущерб. В то же время было указано, что концепция "непоправимого вреда" хорошо известна во многих правовых системах и что доказывание такой ситуации является обычным предварительным условием для вынесения обеспечительной меры. Обеспечительные меры представляют собой исключительную форму правовой помощи, оказываемой в тех случаях, когда компенсация убытков может и не являться надлежащей альтернативной мерой. Рабочая группа согласилась с тем, что данную формулировку следует сохранить, включив, возможно, пояснительное примечание в сопровождающее Типовой закон руководство относительно толкования термина "непоправимый вред". Было, однако, признано, что концепции непоправимого вреда могут быть даны различные толкования. По мнению некоторых делегаций, этот термин должен использоваться только применительно к действительно невозвратному ущербу, например к утрате бесценного произведения искусства. По мнению других делегаций, концепция "непоправимого вреда" используется для описания особенно серьезных категорий убытков, превышающих ущерб, который сторона, против которой запрашивается обеспечительная мера, может, как ожидается, понести, если такая мера будет действительно вынесена. Рабочая группа отметила, что это обсуждение, возможно, потребует возобновить на более позднем этапе.

"будет причинен"

30. Рабочая группа напомнила, что в контексте обсуждения пункта 2 было принято решение о том, что в данном проекте положения следует предпринять попытку избежать создания проблем доказывания, которые могут возникнуть с учетом того, что в момент подачи ходатайства об обеспечительной мере часто не будет иметься достаточных фактов для доказывания того, что если какая-либо конкретная мера не будет принята или если сторона не воздержится от ее принятия, то неизбежно будет причинен ущерб. По этой причине в пункте 2 текста на английском языке слова "would cause" были заменены словами "is likely to cause" (см. пункт 25 выше). В силу аналогичных причин было принято решение заменить слова "будет причинен" в подпункте (а) пункта 3 словами "может быть причинен".

Подпункт (b)

"добьется успеха"

31. Было высказано мнение о том, что аналогичное изменение следует внести и в подпункт (b) в том, что касается слов "добьется успеха", которые могли бы быть заменены словами "может добиться успеха". После обсуждения было достигнуто общее согласие с тем, что в предложенном изменении необходимости не имеется с учетом того факта, что вступительная формулировка "существует разумная возможность" уже обеспечивает требуемый уровень гибкости.

"при том условии, что любое решение относительно такой возможности не затрагивает дискреционных полномочий третейского суда выносить любые последующие решения"

32. Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности сохранения в подпункте (b) условной оговорки о том, что "любое решение относительно такой возможности не затрагивает дискреционных полномочий третейского суда выносить любые последующие решения". Было указано, что в интересах упрощения редакции эту формулировку следует исключить и поместить в содержащее пояснения руководство к Типовому закону. В то же время широкую поддержку получило мнение о том, что сам текст Типового закона должен обеспечивать руководящие указания для арбитров и обеспечивать их необходимой уверенностью в случаях, когда они должны принять решение о предписании обеспечительной меры. После обсуждения было решено сохранить содержание этой условной оговорки.

Пункт 4

33. В основе этого пункта лежит идея о том, что в отношении мер *inter partes* возможное требование о предоставлении обеспечения должно выдвигаться по усмотрению третейского суда (A/CN.9/523, пункт 46). С тем чтобы пояснить, что цели создания возможности избежать предоставления обязательного обеспечения применительно к обеспечительным мерам *ex parte* не преследовалось (A/CN.9/523, пункт 46), в пересмотренный проект в квадратных скобках были включены два альтернативных текста.

34. Рабочая группа рассмотрела пункт 4 и пришла к мнению о том, что формулировка в квадратных скобках не является необходимой и должна быть исключена, поскольку в оставшемся тексте пункта 4 четко устанавливается, что третейский суд при любых обстоятельствах сохраняет право потребовать предоставления обеспечения в качестве условия вынесения решения об обеспечительной мере.

Пункт 5

"изменить или прекратить"

35. Было высказано мнение, что в интересах полноты изложения и повышения согласованности между проектами статей 17 и 17 бис слова "изменить или прекратить" следует заменить формулировкой "изменить, приостановить или прекратить". Рабочая группа согласилась с этим предложением.

"[с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств]"

36. Хотя сохранению заключенной в квадратные скобки формулировки ("*с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств*") была выражена определенная поддержка, широкое распространение получило мнение о том, что эти слова являются излишними. В числе доводов в пользу исключения этих слов указывалось, что арбитры, как правило, разъясняют в тексте своего решения причины, которыми они руководствовались при вынесении решения о предписании обеспечительной меры. Было также сочтено, что заключенную в квадратные скобки формулировку следует исключить, поскольку она может быть неверно истолкована как неоправданно ограничивающая свободу усмотрения арбитров при вынесении решения о предписании обеспечительной меры. После обсуждения Рабочая группа приняла решение об исключении формулировки, которая приводится в квадратных скобках.

Изменение обеспечительной меры по инициативе третейского суда

37. Были выражены различные взгляды по вопросу о том, может ли обеспечительная мера быть изменена или прекращена третейским судом только по просьбе одной из сторон или же такое изменение или прекращение могут быть предписаны третейским судом, действующим по своей собственной инициативе. Одна из точек зрения заключалась в том, что в тексте проекта статьи 17 следует с полной ясностью указать, что третейский суд может действовать только по ходатайству одной из сторон. Было указано, что сторона, которая обратилась за вынесением обеспечительной меры и ходатайство которой было удовлетворено, может с законными основаниями ожидать, что мера будет создавать предполагаемые последствия в течение ее предполагаемого срока действия. В этом контексте обеспечительная мера, предписанная по просьбе стороны, может быть прекращена только по ходатайству этой стороны. В более общем плане было указано, что подобная норма является необходимой для обеспечения соответствия с принципом согласительного характера арбитражного разбирательства, как он понимается во многих странах. Было указано, что если третейский суд, действующий по своей собственной инициативе, примет решение о прекращении обеспечительной меры, вынесенной по просьбе одной из сторон, то это может быть истолковано как ненадлежащая защита интересов другой стороны, что будет являться нарушением принципа беспристрастности, который должен строго соблюдаться третейским судом.

38. В то же время была высказана противоположная точка зрения, состоявшая в том, что необходимо предусмотреть определенную свободу усмотрения для третейского суда, с тем чтобы предоставить ему возможность исправить потенциально тяжкие последствия обеспечительной меры, особенно в случаях, когда основанием для вынесения такой меры явились, как представляется, ошибка или мошеннические действия. Было указано, что полезный прецедент содержится в статье 33(2) Типового закона, в которой применительно к решению по существу дела указывается, что "арбитражный суд в течение 30 дней, считая с даты решения, может по своей инициативе исправить любые ошибки, указанные в пункте 1(а) настоящей статьи".

39. С целью примирения различных мнений по этому вопросу было предложено изменить порядок следования пунктов 5 и 6. Было указано, что если пункт 6 будет помещен перед пунктом 5, то это позволит должным образом подчеркнуть обязательство сторон информировать третейский суд о любых изменениях в обстоятельствах, на основе которых была предписана обеспечительная мера. Рабочая группа в целом согласилась с этим мнением. Кроме того, были сделаны различные предложения по улучшению нынешнего текста пункта 5. Одно из мнений заключалось в том, что третейскому суду следует разрешить изменять или прекращать обеспечительную меру по его собственной инициативе только в том случае, когда третейский суд был прямо наделен таким правом в силу ранее заключенного соглашения сторон. Рабочая группа приняла к сведению это мнение. Другое предложение состояло в том, чтобы заменить нынешний текст пункта 5 следующим:

"Третейский суд может в любое время изменить или прекратить обеспечительную меру по заявлению любой из сторон или по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон".

40. Предложенный текст получил широкую поддержку. В то же время было высказано мнение о том, что с тем, чтобы не наделять третейский суд слишком широкими дискреционными полномочиями по принятию решений по его собственной инициативе, в пункте 5 следует четко указать, что, хотя при обычных обстоятельствах обеспечительная мера может быть прекращена или изменена только по ходатайству одной из сторон, особые обстоятельства могут оправдывать изменение или прекращение обеспечительной меры третейским судом по его собственной инициативе. С этой целью было предложено заменить слова "или по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон" в предложенном тексте словами "или, в исключительных обстоятельствах, по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон". Была высказана точка зрения о том, что ссылка на "исключительные обстоятельства" является, возможно, излишне ограничительной. Было выражено мнение, что предпочтительной могла бы стать более широкая формулировка примерно следующего содержания: "с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств" (см. пункт 36 выше). В то же время после обсуждения Рабочая группа постановила изменить нумерацию пункта 5 на пункт 6 и дать его в следующей редакции:

"Третейский суд может в любое время изменить или прекратить обеспечительную меру по заявлению любой из сторон или, в исключительных обстоятельствах, по собственной инициативе третейского суда после уведомления об этом сторон".

41. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что пересмотренный текст данного пункта может быть неверно истолкован как устанавливающий право третейского суда прекращать или изменять обеспечительные меры, вынесенные другим третейским судом или государственным судом. В целом было достигнуто согласие с тем, что в это положение следует внести дополнительные изменения для разъяснения вопроса о том, что независимо от того, действует ли третейский суд по ходатайству какой-либо стороны или по своей собственной инициативе, он может изменять или прекращать обеспечительные меры, предписанные только самим этим третейским судом. К Секретариату была обращена просьба отразить это общее понимание Рабочей группы при подготовке пересмотренного текста для дальнейшего рассмотрения на следующей сессии.

Ситуация, когда ответчик возражает против компетенции третейского суда

42. Был задан вопрос о последствиях пункта 5 применительно к полномочиям третейского суда изменять обеспечительную меру, уже вынесенную этим судом, в ситуации, когда ответчик не соглашается с компетенцией третейского суда. Было указано, что этот вопрос поднимает более широкую проблему, касающуюся положения ответчика, заявившего возражение против подсудности дела третейскому суду по существу, однако желающего воспрепятствовать вынесению промежуточного решения или стремящегося изменить его. Широкую поддержку получило мнение о том, что в подобной ситуации ответчик не должен рассматриваться как снявший свое возражение против компетенции третейского суда лишь в силу того, что он предстал перед судом в связи с вынесением промежуточного решения. С тем чтобы отразить этот принцип в проекте статьи 17, был предложен следующий текст:

"6 бис

а) Когда сторона, против которой подано такое ходатайство или вынесено промежуточное решение, возражает против компетенции третейского суда применительно к [существованию требования, заявленного] [требованию, заявленному] против нее [в рамках арбитражного разбирательства], или не соглашается с такой компетенцией, такая сторона может

i) возразить против ходатайства, или

ii) просить третейский суд осуществить его полномочия [по изменению и т.д.] согласно пункту 5,

не снимая тем самым возражения против компетенции третейского суда в отношении [существования] требования или не подчиняясь его юрисдикции.

б) В подобном случае третейский суд может осуществить свои полномочия [по изменению и т.д.] согласно пункту 5 независимо от того, что никакой просьбы [об этом] не было подано стороной, против которой было вынесено промежуточное решение".

43. Рабочая группа приняла к сведению это предложение. В то же время широкую поддержку получило мнение о том, что этот пункт в редакции, пересмотренной с целью создания возможности для изменения или прекращения обеспечительной меры по инициативе третейского суда в исключительных обстоятельствах (см. пункты 40 и 41 выше), достаточным образом учитывает вышеизложенную обеспокоенность.

Пункт 6

Изменение нумерации пунктов

44. По причинам, изложенным в контексте обсуждения пункта 5 (пункт 39 выше), Рабочая группа постановила изменить нумерацию пункта 6 на пункт 5, а пункта 5 – на пункт 6.

Сообщение информации обеим сторонам

45. Была выражена обеспокоенность тем, что в пункте 6 не предусматривается требование о том, чтобы запрашивающая сторона уведомляла другую сторону о существенном изменении обстоятельств. Рабочая группа отметила, что в пункте 3 статьи 24 Типового закона предусматривается, что "все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон арбитражному суду, должны быть переданы другой стороне". Кроме того, в статье 16 Типового закона предусматривается, что "к сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции". Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что повторное изложение этих принципов в проекте пункта 6 может создать неблагоприятные последствия и что этот вопрос следовало бы рассмотреть в комментарии к Типовому закону. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что, независимо от обязательств, уже устанавливаемых в статьях 24(3) и 18 Типового закона, было бы полезно прямо оговорить в

пункте 6, что вся информация, представляемая третейскому суду согласно этому пункту одной стороной, должна сообщаться также и другой стороне.

"с момента представления просьбы"

46. Было предложено исключить слова "с момента представления просьбы" с учетом того факта, что момент возникновения обязанности информировать с очевидностью вытекает из оставшейся части текста данного пункта, а именно из слов "на основании которых эта сторона запрашивала или третейский суд предписал обеспечительную меру". Далее было высказано мнение о том, что для разъяснения обязанности информировать слово "запрашивала" следовало бы заменить словами "представила просьбу". Рабочая группа согласилась исключить слова "с момента представления просьбы" и заменить слово "запрашивала" формулировкой "представила просьбу".

"изменение обстоятельств"

47. Было высказано мнение, что в интересах обеспечения последовательности формулировка, используемая применительно к полномочиям третейского суда по изменению или прекращению обеспечительной меры "с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств", должна быть согласована с формулировкой, используемой в пункте 6 применительно к обязанности запрашивающей стороны информировать "о любом существенном изменении обстоятельств". В то же время в этой связи было напомнено о том, что слова "с учетом дополнительной информации или изменения обстоятельств" были исключены из пункта 5 Рабочей группой (см. пункт 36 выше).

Ответственность запрашивающей стороны

48. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что в отличие от подпункта 7(d), в котором устанавливается императивное требование о предоставлении обеспечения стороной, ходатайствующей о вынесении приказа *ex parte*, для покрытия возможных убытков, причиненных предписанной мерой, в контексте обеспечительных мер *inter partes*, которые, как это оказывается впоследствии, были вынесены неоправданно, никакого положения об ответственности не предусматривается. Рабочая группа согласилась отложить обсуждение вопроса об ответственности за необоснованное предписание обеспечительных мер в контексте производства *inter partes* до более позднего этапа в своей работе.

Пункт 7

Общие замечания

49. Рабочая группа отметила, что на тридцать седьмой сессии подробно обсуждался вопрос о целесообразности включения положения, разрешающего третейским судам предписывать обеспечительные меры *ex parte*, и что были высказаны противоположные мнения о целесообразности рассмотрения этого вопроса в проекте статьи 17 (A/CN.9/523, пункты 16–27). Рабочая группа напомнила также, что на своей тридцать шестой сессии Комиссия отметила точку зрения о том, что вопрос об обеспечительных мерах *ex parte*, который, общему по мнению Комиссии, по-прежнему вызывает споры, не должен

задерживать ход работы по завершению подготовки проекта статьи 17 (A/58/17, пункт 203).

50. Были высказаны серьезные возражения против обсуждения текста пункта 7, прежде чем будет рассмотрен вопрос о том, следует ли, в качестве общего принципа, предусмотреть в пересмотренном варианте Типового закона возможность предписания обеспечительных мер третейским судом *ex parte*. Тем не менее внимание Рабочей группы было вновь обращено на то, что на ее тридцать седьмой сессии широкую поддержку получило мнение, что при условии укрепления и расширения защитительных оговорок положение об обеспечительных мерах *ex parte* может оказаться приемлемым (A/CN.9/523, пункт 27). На этой основе Рабочая группа решила продолжить рассмотрение текста и после этого обсудить вопрос о том, следует, в качестве общего принципа, сохранить в проекте статьи 17 положение об обеспечительных мерах *ex parte*.

51. Было внесено предложение добавить в подпункт 7(a), для охвата вопроса о юрисдикционных иммунитетах государств и их имущества, новую формулировку примерно следующего содержания: "Настоящий подпункт не наносит ущерба иммунитетам, которыми пользуются государства и их различные органы согласно международному праву применительно к обеспечительным мерам".

Подпункт (a)

Согласие или отказ сторон

52. С учетом существующей формулировки полномочия предписывать обеспечительные меры являются действительными, "если стороны не договорились об ином". Было предложено исключить эти слова из текста и заменить их словами "если стороны прямо договорились об этом". Было указано, что предложенная формулировка в большей степени содействует сохранению консенсуального характера арбитражного разбирательства. Было высказано мнение о том, что подобный подход, который предусматривает, что стороны "соглашаются на применение" положения, допускающего обеспечительные меры *ex parte*, в большей степени соответствуют ожиданиям сторон арбитражного разбирательства, поскольку положения о мерах *ex parte* прямо не предусматриваются во многих национальных законах об арбитраже. Рабочая группа приняла к сведению это предложение, которое получило определенную поддержку. Было указано, что информация, собранная одним из крупных международных арбитражных центров за многие годы, свидетельствует о том, что стороны никогда не запрашивали обеспечительных мер *ex parte*.

"в исключительных обстоятельствах"

53. Были высказаны различные мнения относительно целесообразности сохранения заключенных в квадратные скобки слов "в исключительных обстоятельствах". Было высказано мнение о том, что эти слова являются излишними и их следует исключить, поскольку обстоятельства, перечисленные в подпунктах (a) (i)–(iii), относятся только к исключительным обстоятельствам. В качестве альтернативы исключению было предложено сохранить слова "в исключительных обстоятельствах" при условии внесения в текст надлежащего разъяснения о том, что "исключительные обстоятельства"

означают те обстоятельства, которые перечислены в подпунктах (a) (i)–(iii). Такое разъяснение, как отмечалось, необходимо для того, чтобы не создавалось впечатление, что ссылку на "исключительные обстоятельства" следует рассматривать в качестве положения, устанавливающего еще одно условие в отношении предписания обеспечительных мер *ex parte* в дополнение к тем условиям, которые уже перечислены в подпунктах (a) (i)–(iii). Противоположное мнение заключалось в том, что эти слова следует сохранить, с тем чтобы подчеркнуть, что меры *ex parte* следует предписывать в действительно исключительных обстоятельствах. В поддержку этого мнения было указано, что обстоятельства, перечисленные в подпункте (a), отнюдь не обязательно являются исключительными. Рабочая группа не достигла консенсуса по этому вопросу и решила сохранить слова "в исключительных обстоятельствах" в квадратных скобках для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий.

"[в отношении которой принимается такая мера] [запрашиваемой такой мерой]"

54. Рабочая группа решила, что словам "в отношении которой принимается такая мера" следует отдать предпочтение по сравнению со словами "запрашиваемой такой мерой". Было указано, что вторая формулировка не является ясной с учетом того, что обеспечительная мера потенциально может "запраживать" множество сторон. С учетом этого решения было высказано мнение о том, что формулировку, использованную в пункте 3(a) и в других частях проекта статьи 17, возможно, необходимо будет в некоторых случаях пересмотреть для обеспечения соответствия в терминологии.

Подпункт (a)(i)

55. Рабочая группа сочла содержание подпункта (a)(i) в целом приемлемым.

Подпункт (a)(ii)

56. Рабочая группа решила заменить в тексте на английском языке слово "circumstances" словом "conditions", с тем чтобы лучше отразить характер перечня, содержащегося в пункте 3. Было высказано мнение о том, что подпункт (a)(ii), который касается только "условий, изложенных в пункте 3", может быть неправильно истолкован в качестве положения, исключающего применение пунктов 5 и 6 в отношении обеспечительных мер *ex parte*. Было вновь указано, что подпункт (a)(ii) был включен, для того чтобы избежать любых сомнений в отношении того, что все предварительные условия, применимые к предписанию обеспечительных мер *inter partes*, должны применяться также в отношении обеспечительных мер, которые предписываются *ex parte*. Было указано, что если подчеркивание этого момента порождает сомнения в отношении применимости других пунктов, то подпункт (a)(ii) следует исключить. Рабочая группа не приняла окончательного решения по этому вопросу и отметила, что его обсуждение, возможно, необходимо будет продолжить на более позднем этапе.

Подпункт (a)(iii)

57. Было высказано мнение о том, что слова "запрашивающая сторона показывает" следует привести в соответствие с измененным текстом, который был согласован для вводной формулировки пункта 3, которая предусматривает, что "запрашивающая сторона убеждает третейский суд в том, что" (см. пункт 28

выше). В отношении этого предложения были высказаны определенные возражения на том основании, что для обеспечительных мер *ex parte* следует предусмотреть более высокий стандарт доказывания. Рабочая группа не приняла окончательного решения по этому вопросу и отметила, что его обсуждение, возможно, будет необходимо продолжить на более позднем этапе.

58. Было внесено предложение перенести слова "запрашивающая сторона доказывает" или любую другую формулировку, которая может быть согласована, во вступительную часть пункта 7(a) с тем, чтобы ясно показать, что они относятся ко всем элементам этого пункта, а не только к подпункту (a)(iii). Рабочая группа приняла это положение к сведению.

Подпункт (b)

Общие замечания

59. Рабочая группа напомнила, что на ее тридцать седьмой сессии было принято решение, чтобы в пересмотренном проекте придать требованию о том, что сторона, запрашивающая меры, должна предоставить обеспечение, императивный характер и чтобы запрашивающая сторона рассматривалась как несущая строгую ответственность за убытки, причиненные ответчику необоснованной мерой (A/CN.9/523, пункт 31).

60. Был задан вопрос о том, следует ли предусмотреть применение общего положения об ответственности не только к обеспечительным мерам, предписанным на основании *ex parte*, но также и к тем, которые были вынесены на основе *inter partes*. В поддержку установления такого общего положения об ответственности было указано, что в любом случае та или иная конкретная мера может быть в конечном итоге сочтена необоснованной и наносящей ущерб ответчику. В то же время определенные возражения были заявлены против мнения о том, что подпункт (b)(i) должен в целом применяться как к мерам *ex parte*, так и к мерам *inter partes*. Было указано, что строгая ответственность, налагаемая согласно подпункту (b)(i), является уместной с учетом природы мер *ex parte* и в результате рисков, неотъемлемо присущих такой процедуре. В то же время было отмечено, что вопросы вины или неверного изложения фактов применительно к режиму *inter partes* могут регулироваться национальными процессуальными нормами. В качестве общего замечания было указано, что сфера применения подпункта (b)(i) должна ограничиваться установлением базовых принципов режима ответственности, без какого-либо подробного регулирования материально-правовых вопросов, охватываемых национальным законодательством. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что на ее следующей сессии обсуждения следует продолжить на основе как пункта 7(b)(i), касающегося ответственности стороны, запрашивающей вынесение какой-либо меры *ex parte*, так и нового пункта (под предварительным номером 6 бис), в котором должен воспроизводиться текст пункта 7(b)(i) в контексте мер *inter partes*.

61. В порядке подготовки к продолжению обсуждения по этой теме было высказано мнение о необходимости провести дополнительные исследования режимов ответственности в контексте национальных правовых норм, регулирующих обеспечительные меры. Относительно целесообразности дальнейших исследований были высказаны определенные оговорки с учетом ограниченного числа арбитражных законов, охватывающих вопросы режима

ответственности в контексте обеспечительных мер, и той возможности, что гражданско–процессуальные нормы, применимые к государственным судам, могут и не содержать правил, которые могли бы быть должным образом перенесены в контекст арбитражного разбирательства. Тем не менее после обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что прояснению этого вопроса может помочь получение дополнительной информации относительно национального законодательства по этому аспекту. Делегациям было предложено представить такую информацию в распоряжение Секретариата к середине декабря 2003 года для распространения и перевода в рамках подготовки к следующей сессии Рабочей группы.

62. В редакционном плане было отмечено, что подпункты (b)(i) и (ii) не следует сводить в единый пункт, поскольку эти подпункты регулируют разные вопросы, а именно вопросы ответственности и обеспечения. Рабочая группа приняла к сведению это мнение.

Подпункт (b)(i)

Издержки

63. Различные точки зрения были высказаны относительно необходимости ссылки на издержки. Было высказано мнение о том, что сферу действия этого подпункта следует ограничить убытками, поскольку его цель состоит в предоставлении, при определенных обстоятельствах, компенсации ответчику за убытки, причиненные обеспечительной мерой *ex parte*. Внимание Рабочей группы было обращено на опасность включения в сферу действия этого положения понятия издержек, которое может весьма широко пониматься в одних правовых системах и более узко – в других и которое может различным образом толковаться как охватывающее, например, затраты на юридическую помощь, включая гонорар юристов, или затраты, связанные с осуществлением меры. Было высказано мнение о том, что слову "издержки" следует дать строгое толкование и заменить его словом "расходы". В то же время было предложено сохранить ссылку на издержки, поскольку этот термин определен в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ.

Потери

64. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что ссылка на потери, в ее нынешней редакции, не определена достаточным образом и что она может охватывать как прямые, так и косвенные убытки, причиненные мерой. Было высказано мнение о возможной предпочтительности более четкого определения объема потерь, которые предполагается охватить. Различные точки зрения были высказаны по вопросу о том, следует ли сохранить более широкое определение потерь (которое предусматривало бы соответствующие защитительные оговорки), или же более ограниченное (которое ограничивало бы сферу действия этой нормы прямыми убытками).

65. Рабочая группа рассмотрела обстоятельства, при которых убытки могут подлежать оплате применительно к мере *ex parte*. Был задан вопрос о том, будет ли простой факт обращения с ходатайством о вынесении обеспечительной меры *ex parte* обуславливать ответственность запрашивающей стороны за причиненные убытки, независимо от того, была ли эта мера признана обоснованной или необоснованной, и независимо от того, имеет ли место какая-

либо вина запрашивающей стороны. В ответ было высказано получившее широкую поддержку мнение, что независимо от того, основывается ли правило ответственности, установленное в отношении запрашивающей стороны, на вине, применение обеспечительной меры *ex parte* не должно само по себе рассматриваться как вызывающее убытки, подлежащие компенсации. Была выражена точка зрения о том, что вопрос об убытках следует оставить на урегулирование на основании внутреннего законодательства. Возобладало, однако, мнение, что запрашивающая сторона должна нести ответственность только в том случае, если мера в конечном итоге будет сочтена необоснованной. Были заданы вопросы относительно значения слова "необоснованный", а также о том, должно ли понятие "необоснованности" меры оцениваться *per se* или же в свете результатов решения дела по существу. Решительная поддержка была выражена мнению о том, что окончательное решение дела по существу не должно являться существенным элементом при определении обоснованности обеспечительной меры.

66. Было предложено определить момент времени, когда может быть получена компенсация убытков. Было указано, что убытки могут возникнуть до вынесения окончательного решения. В этой связи было отмечено, что в качестве дополнительной защитительной оговорки применительно к режиму мер *ex parte* в пересмотренный проект следует включить формулировку, предусматривающую возможность для ответчика потребовать компенсации незамедлительно после того, как обеспечительная мера *ex parte* была предписана третейским судом, и без задержек получить решение о присуждении убытков. Было также указано, что убытки в связи с мерой *ex parte* будут относиться только к сроку, в течение которого эта мера действовала на основе *ex parte*.

"[в отношении которой она принимается] [затрагиваемой такой мерой]"

67. Была выражена поддержка сохранению первой заключенной в квадратные скобки формулировки в интересах обеспечения соответствия с текстом пункта 3 и пункта 7(a). В то же время было высказано мнение о том, что в контексте пункта 7(b)(i) было бы, возможно, предпочтительно сохранить вторую заключенную в квадратные скобки формулировку "затрагиваемой такой мерой", поскольку это позволит любой стороне, помимо стороны, в отношении которой принята такая мера, потребовать возмещения убытков. Было также предложено заменить в этом контексте слова "сторона, затрагиваемая такой мерой" формулировкой "любая сторона, затрагиваемая такой мерой". Было разъяснено, что формулировка, устанавливающая принцип гарантии со стороны запрашивающей стороны, обеспечит надлежащую защиту арбитрам в отношении третьей стороны, которая понесла убытки в результате обеспечительной меры *ex parte* и которая обращается за получением компенсации. В ответ на вышеизложенные предложения было напомним о том, что третейский суд не будет обладать компетенцией в отношении третьих сторон, не связанных арбитражным соглашением.

"[в надлежащей степени с учетом всех обстоятельств дела в свете окончательного решения по существу спора]"

68. По вопросу о необходимости в сохранении последней заключенной в квадратные скобки формулировки в подпункте (b)(i) были высказаны различные мнения. Было отмечено, что слова "в надлежащей степени" следует сохранить с

тем, чтобы указать на законность меры. Были высказаны другие мнения относительно отсутствия необходимости в заключенном в квадратные скобки тексте, поскольку он не предусматривает каких-либо новых элементов. По этой причине его следует заменить положением о возможности для ответчика потребовать компенсации незамедлительно после вынесения обеспечительной меры *ex parte* третейским судом. Рабочая группа приняла эти мнения к сведению.

Подпункт (b)(ii)

69. Рабочая группа согласилась с тем, что в контексте обеспечительных мер *ex parte* положение об обеспечении должно носить императивный характер. Было указано, что в интересах обеспечения последовательности формулировка этого подпункта должна быть приведена в соответствие с текстом, использованным в пункте 4 в связи с положением об обеспечении в контексте обеспечительных мер *inter partes*, за тем исключением, что разрешительная формулировка может быть заменена обязывающей.

70. Было высказано мнение, что для усиления защитительных оговорок, необходимых в контексте обеспечительных мер *ex parte*, положения подпункта (b)(ii) должны быть признаны условием для вынесения обеспечительной меры *ex parte*.

Подпункт (c)

71. Была высказана точка зрения о том, что необходимости в данном подпункте не имеется с учетом того факта, что компетенция третейского суда косвенно устанавливается в силу пункта 7(b)(i). Возобладало, однако, мнение о том, что подпункт (c) выполняет полезную функцию и что его следует сохранить. Было достигнуто согласие с тем, что если в проект статьи 17 будут включены как подпункт (b)(i), так и общее положение об ответственности, то следует четко установить, что подпункт (c) применяется и к обеспечительным мерам *inter partes*, и к мерам *ex parte*.

72. Была выражена обеспокоенность тем, что ответчик может представить ходатайство на основании подпункта (b)(i) уже после того, как окончательное решение было давно вынесено. Было высказано мнение о том, что в данном подпункте следует четко установить, что положение о компетенции применимо лишь до вынесения решения по существу дела. В ответ на вышеуказанную обеспокоенность было напомнено, что в статье 32(3) Типового закона предусматривается, что "действие мандата арбитражного суда прекращается одновременно с прекращением арбитражного разбирательства, без ущерба, однако, для положений статьи 33 и пункта 4 статьи 34". В то же время, поскольку требование на основании подпункта (b)(i) может рассматриваться в качестве нового требования, было высказано мнение о необходимости подпункта (c). Поскольку третейский суд, несомненно, обладает компетенцией по вопросу об обеспечении согласно подпункту (b)(ii), сферу действия подпункта (c) было предложено ограничить подпунктом (b)(i). В качестве возможного альтернативного варианта нынешней формулировки подпункта (c) был предложен следующий текст: "Сторона может заявить требование согласно подпункту (b)(i), причем она может сделать это в любое время в ходе арбитражного разбирательства". Рабочая группа приняла к сведению

предложенную формулировку и постановила обсудить ее более подробно на своей следующей сессии вместе с нынешним текстом подпункта (с).

73. Было предложено исключить слова "в целях избежания сомнений". Была высказана обеспокоенность в связи с тем, что если эта формулировка будет исключена, то это может привести к неопределенности относительно существования арбитражных полномочий согласно подпункту (b), особенно в тех правовых системах, в которых подпункт (с) принят не будет. Было указано, что широкая формулировка подпункта (с), включая слова "в частности", снижает риск любого неверного истолкования данного положения, значение которого может быть еще более подробно разъяснено в комментарии к статье 17. На этой основе Рабочая группа постановила исключить вступительную формулировку "в целях избежания сомнений". К Секретариату была обращена просьба представить пересмотренный проект с учетом высказанных мнений и внесенных предложений.

Подпункт (d)

74. Было отмечено, что подпункт (d) занимает центральное положение в общем режиме, применимом к обеспечительным мерам *ex parte*. Было отмечено, что, поскольку принимаемая на основе *ex parte* мера может затронуть другие стороны, помимо стороны, в отношении которой она принимается, второй заключенный в квадратные скобки текст и использование в начале слов "любая сторона" вместо слова "сторона" будут лучше соответствовать этой ситуации. Рабочая группа согласилась, однако, с тем, что в интересах обеспечения согласованности с одобренными формулировками подпункта (b)(i), первый заключенный в скобки текст ("в отношении которой она принимается") следует сохранить в будущем проекте данного положения.

75. В отношении второй группы формулировок, заключенных в квадратные скобки ("[если более не существует необходимости действовать на основе *ex parte*, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры,] [в течение сорока восьми часов после направления уведомления или в такую другую дату или время, которые могут оказаться соответствующими в данных обстоятельствах]"), были высказаны различные точки зрения. Было, в частности, высказано мнение, что первая из этих формулировок касается направления уведомления ответчику, в то время, как второй текст касается возможности ответчика быть заслушанным. С учетом того, что эти два текста выполняют разные функции, было предложено сохранить обе формулировки, но изменить текст следующим образом:

"Стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера в соответствии с настоящим пунктом, направляется уведомление о принятии меры, если более не существует необходимости действовать на основе *ex parte*, с тем чтобы обеспечить эффективность такой меры, и предоставляется возможность быть заслушанной третьей стороной в течение сорока восьми часов после уведомления или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах".

76. В ответ было заявлено, что формулировка "если более не существует необходимости" является двусмысленной и что остается неясным, кто выносит такое заключение – запрашивающая сторона или третейский суд. Было отмечено, что единственным основанием для включения такой формулировки было

наличие ситуации, когда запрашивающая сторона стремится привести в исполнение обеспечительную меру на основе *ex parte*. Было предложено изменить формулировку подпункта следующим образом:

"Стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера, немедленно направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность быть заслушанной третейским судом при первой же возможности и в любом случае не позднее, чем через сорок восемь часов после уведомления или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах".

77. Хотя это предложение получило поддержку, так как оно наделяет третейский суд возможностью для проявления гибкости и некоторой свободой в принятии решения о том, когда следует заслушать другую сторону, было с беспокойством отмечено, что в этом предложении недостаточно ясно указан момент, когда следует направлять такое уведомление.

78. Разъяснение этого вопроса было сочтено принципиально важным с учетом того, что уведомление является важнейшим первым шагом к преобразованию обеспечительной меры *ex parte* в обеспечительную меру *inter partes*. Было предложено внести поправки в подпункт (d) и предусмотреть в нем, что стороне, в отношении которой принимается обеспечительная мера, следует направлять уведомление о принятии меры сразу же после вынесения арбитражным судом решения о такой мере. После получения этого уведомления ответчик должен иметь возможность изложить свои доводы в письменной форме и, по его просьбе, быть заслушанным третейским судом. Было отмечено, что такой подход устраняет необходимость делать ссылку на любой из сроков, упомянутых в двух последних формулировках подпункта (d), заключенных в квадратные скобки. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что направление уведомления сразу же после вынесения постановления об обеспечительной мере может не согласовываться с требованием внезапности, которое является необходимым условием для обеспечения эффективности мер *ex parte*, включая обращение за приведением в исполнение к суду общей юрисдикции.

79. Были высказаны некоторые оговорки в отношении включения положения о сорокавосемичасовом сроке или каком-либо другом конкретном сроке, который может оказаться слишком жестким и неадекватным в некоторых обстоятельствах. Было отмечено также, что включение формулировки, позволяющей суду определять другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах, может обеспечить соответствующую гибкость, но в то же время может лишить смысла сохранение в том же положении ссылки на строго определенный срок. Тем не менее широкую поддержку получило мнение о том, что включение положения о конкретном сроке отвечает двум целям: подчеркнуть, что возможность быть заслушанным должна предоставляться незамедлительно, и довести до сведения третейского суда, что ему следует быть готовым возобновить рассмотрение, с тем чтобы дать возможность ответчику быть заслушанным.

80. Было отмечено, что формулировку "возможность быть заслушанным", возможно, следует изменить, с тем чтобы она охватывала как заслушивание ответчика, так и представление им документов в письменной форме. Было

выражено согласие с тем, что эту формулировку следует заменить словами "возможность изложить свою позицию".

81. После обсуждения Рабочая группа постановила продолжить рассмотрение подпункта (d) на своей следующей сессии на основе текста, приведенного в пункте 76 выше (в котором формулировка "возможность быть заслушанной" должна быть заменена словами "возможность изложить свою позицию перед"), и следующего альтернативного текста:

"Любой стороне, затрагиваемой обеспечительной мерой, принятой в соответствии с настоящим пунктом, незамедлительно направляется уведомление о принятии меры и предоставляется возможность быть заслушанной третейским судом в течение [сорока восьми] часов после уведомления или в такую другую дату и время, которые являются соответствующими в данных обстоятельствах".

82. Перед завершением обсуждения Рабочей группе было указано, что к редакции подпункта (d) необходимо будет вернуться, когда Рабочая группа рассмотрит вопрос о том, следует ли допускать приведение в исполнение обеспечительной меры *ex parte*.

Подпункт (e)

83. Рабочая группа рассмотрела различные предложения относительно улучшения редакции существующего текста подпункта (e). Было выражено согласие с тем, что текст можно упростить, и вместо формулировки "действует в течение срока, не превышающего двадцать дней" включить в него формулировку "прекращает действовать по истечении двадцати дней". Было также высказано согласие с тем, что ссылка на "пункт I" неуместна. Что касается второй группы альтернативных формулировок, заключенных в квадратные скобки, то предпочтение было отдано первой формулировке – "с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры". В поддержку этого текста было указано на сложность установления даты вступления такой меры в силу в отношении другой стороны, как это предлагается во второй альтернативной формулировке. В соответствии с принятым ранее решением в отношении аналогичной формулировки в подпункте (b)(i) Рабочая группа постановила сохранить слова "в отношении которой принимается такая мера", отдав им предпочтение по сравнению с формулировкой "затрагиваемой такой мерой".

84. Было высказано мнение, что второе предложение данного подпункта является ненужным. В то же время было отмечено, что последнее предложение подпункта (e) по сути допускает преобразование обеспечительной меры *ex parte* в обеспечительную меру *inter partes* после того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, направляется уведомление и предоставлена возможность изложить свою позицию. Было указано на необходимость разъяснить, в какой момент обеспечительная мера *ex parte* преобразовывается в обеспечительную меру *inter partes*. Было высказано мнение, что для целей обеспечения ясности подпункт (e) можно упростить, приняв следующую формулировку:

"Любая обеспечительная мера, предписываемая в соответствии с настоящим пунктом, прекращает действовать по истечении двадцати дней с даты вынесения третейским судом решения о принятии такой меры, если

эта мера не была подтверждена, продлена или изменена третейским судом после того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, была уведомена о ней и ей была предоставлена возможность изложить свою позицию".

После обсуждения было принято решение заменить этой формулировкой подпункт (е).

85. Было отмечено, что формулировка данного подпункта разрабатывалась с учетом решений процедурного характера, о чем свидетельствуют слова "подтверждать, продлевать или изменять", хотя и предполагалось, что этот подпункт может применяться также в отношении обеспечительных мер, вынесенных в форме арбитражных решений.

86. Было высказано мнение, что в подпункт (е) можно также включить требование, в соответствии с которым запрашивающей стороне следует представлять другой стороне материалы, на которых основывается ходатайство. В поддержку этого предложения было указано, что в свете предусмотренного в подпункте (f) обязательства информировать включение требования представлять материалы, на которых основывается ходатайство и предписывается мера, обеспечит более эффективное применение подпункта (f). Хотя это предложение было признано полезным, было отмечено, что в статье 24(3) уже предусмотрено требование направлять другой стороне информацию, которая предоставляется третейскому суду. Было высказано мнение, что Рабочей группе следует избегать перенасыщения текста пересмотренного проекта путем повтора процедурных положений, которые уже предусмотрены в Типовом законе, и что этот вопрос можно было бы рассмотреть в сопровождающем Типовой закон руководстве. В ответ было указано на важность воспроизвести в подпункте (е) требование направлять другой стороне информацию, предоставленную третейскому суду, поскольку в ситуации *ex parte* обеспечительная мера может приниматься без направления каких-либо документов третейскому суду. Было высказано мнение, что, хотя статью 24(3) можно рассматривать как охватывающую сообщения в устной форме, тем не менее такое требование следует включить в этот подпункт с учетом того, что эта статья может быть истолкована ограничительно. В ответ было указано, что впечатления, будто бы третейский суд будет обязан протоколировать устное заслушивание каждого ходатайства о мерах *ex parte*, создаваться не должно.

87. Было заявлено, что в этом пункте можно было бы также более четко указать, кто несет бремя направления просьбы о сохранении постановления в силе, для чего необходимо прежде всего определить, остается ли в силе в контексте *inter partes* мера, которая первоначально была принята на основе *ex parte*, или новая мера *inter partes* заменяет первоначальную меру *ex parte*. Было предложено возложить это бремя на сторону, в интересах которой принята мера. Было высказано предостережение не затрагивать различные процедурные вопросы, которые усложнят это положение без достаточных на то оснований. Секретариату было предложено изучить возможность подготовки положения о том, что бремя ходатайства о сохранении в силе постановления по истечении двадцати дней лежит на стороне, в интересах которой принята мера.

Подпункт (f)

Общие замечания

88. Было отмечено, что нынешний проект, в котором содержится ссылка на обязательство информировать третейский суд обо всех обстоятельствах, которые он "может счесть относящимися к делу и имеющими материально-правовое значение для определения", является недостаточно ясным и трудно применимым на практике, поскольку он предполагает наличие у запрашивающей стороны способности предугадать субъективную логику третейского суда. Была выражена поддержка в отношении предложения исключить подпункт (f). Тем не менее возобладало мнение, что этот подпункт следует сохранить как основополагающую гарантию и важнейшее условие приемлемости обеспечительных мер *ex parte*. В этой связи было отмечено, что основанием для разработки этого положения послужило существующее в некоторых правовых системах правило, согласно которому адвокат имеет особое обязательство информировать суд обо всех фактах, в том числе о тех, которые являются неблагоприятными для его позиции. В то же время было отмечено также, что во многих правовых системах такое конкретное обязательство информировать суд отсутствует.

Место подпункта (f)

89. По вопросу о том, где следует разместить это положение, были высказаны разные мнения. В частности, было высказано мнение, что, поскольку этот подпункт налагает обязательство на запрашивающую сторону, было бы лучше сделать его первым подпунктом в рамках подпункта (b). Таким образом, обязательство запрашивающей стороны будет заключаться в информировании третейского суда, предоставлении обеспечения и несении ответственности за любые издержки и потери, причиненные ответчику. Возобладало мнение, что этот подпункт следует оставить на прежнем месте, поскольку он завершает пункт о мерах *ex parte* обязательством, которое относится к различным подпунктам внутри этого пункта.

Санкции

90. Рабочая группа напомнила о том, что на ее тридцать седьмой сессии было высказано мнение, что в любом будущем пересмотренном варианте этого положения необходимо установить четкую связь между обязательством сообщать об изменении обстоятельств и режимом ответственности, применимым в отношении страны, ходатайствующей о принятии обеспечительной меры (A/CN.9/523, пункты 49 и 76). Рабочая группа согласилась с тем, что вопрос о последствиях невыполнения обязательства информировать должен урегулироваться в рамках общего режима, предусмотренного в пункте 7 (включая прекращение или ответственность в тех случаях, когда принятие обеспечительной меры было неоправданным) или в других положениях применимых материально-правовых норм.

Предложения об изменении формулировок

91. Было выражено понимание в связи с прозвучавшей обеспокоенностью в отношении того, что в существующей формулировке данный подпункт по сути требует от запрашивающей стороны способность предугадывать намерения

третейского суда. Был внесен ряд предложений с целью устранить ряд неясностей в существующем проекте. Было предложено, в частности, заменить формулировку "несет обязательство информировать" словами "безотлагательно информирует". Однако было отмечено, что слово "безотлагательно" является более приемлемым в контексте постоянного обязательства информировать о любых изменениях обстоятельств. Было предложено также заменить весь текст данного пункта следующей формулировкой: "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, информирует третейский суд о любых существенных обстоятельствах, которые известны этой стороне и которые могут свидетельствовать против утверждения этой стороны о том, что требования, предусмотренные в настоящем пункте, были выполнены". Было высказано мнение, что это предложение является предпочтительным по сравнению с существующим текстом, поскольку оно не зависит от субъективного мнения третейского суда, а также учитывает аспект осведомленности стороны в момент представления ходатайства. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что оно может надлежащим образом применяться и пониматься лишь государствами, в которых рассмотрение носит состязательный характер и не предусматривает проведения судом собственного расследования. Было добавлено, что слово "существенные" может исключить некоторую информацию, которая могла бы стать полезной для третейского суда. Кроме того, было заявлено, что это предложение добавляет неясность в вопрос об объеме налагаемого обязательства, поскольку остается неясным, что представляет собой информация, противоречащая позиции запрашивающей стороны. Было также отмечено, что это предложение может быть истолковано как охватывающее спорные вопросы, которые могут возникнуть в ходе обсуждения дела по существу. Было высказано мнение, что Рабочей группе следует найти более гибкую формулировку, которая способствовала бы полному и искреннему сообщению всей относящейся к делу существенной информации.

92. Было предложено изменить формулировку этого подпункта следующим образом: "Сторона, запрашивающая обеспечительную меру в соответствии с настоящим пунктом, безотлагательно информирует третейский суд обо всех обстоятельствах, относящихся к делу и являющихся существенными для определения третейским судом того, были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте". Это предложение получило поддержку. Для того чтобы разъяснить вопрос о том, что третейский суд сохраняет свободу усмотрения относительно вынесения обеспечительной меры, было предложено заменить формулировку "были ли выполнены требования, предусмотренные в настоящем пункте" формулировкой "следует ли третейскому суду выносить запрашиваемое постановление". Было также высказано мнение, что требование "информировать третейский суд" может быть слишком узким и что более предпочтительной была бы формулировка "предоставлять суду". Было также высказано мнение, что следует принять меры для включения в предлагаемый текст положений, обеспечивающих некоторую гибкость, отраженную в первоначальной формулировке подпункта (f). Секретариату было предложено подготовить пересмотренный проект с учетом изложенных выше предложений.

IV. Пересмотренный проект статьи 17 бис Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, касающийся признания и приведения в исполнение обеспечительных мер

93. Рабочая группа напомнила о своем решении обратиться после завершения рассмотрения пункта 7 к общему обсуждению вопроса о приемлемости включения положения об обеспечительных мерах *ex parte* (см. пункт 50 выше). В то же время было достигнуто согласие с тем, что общая дискуссия состоится после рассмотрения положений о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер.

94. Рабочая группа перешла к обсуждению следующего текста проекта статьи 17 бис:

"1) Обеспечительная мера, предписанная третейским судом, которая удовлетворяет требованиям статьи 17, признается имеющей обязательную силу и, если третейским судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению [в письменной форме] к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была предписана, при условии соблюдения положений настоящей статьи*.

2) Суд может отказаться признать [и] [или] привести в исполнение обеспечительную меру только в том случае:

а) если, по просьбе стороны, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, суд определяет, что:

i) *Вариант 1*: имеется существенный вопрос в отношении юрисдикции третейского суда [[такого характера, что признание или приведение в исполнение становится ненадлежащим] [такого характера, что это исключает приведение в исполнение обеспечительной меры]] [и создание какого-либо надлежащего обеспечения не было предписано третейским судом в отношении данной обеспечительной меры];

Вариант 2: имеется существенный вопрос, относящийся к любым основаниям для такого отказа, которые изложены в пунктах 1(a)(i), (iii) или (iv) статьи 36; или

ii) *Вариант 1*: такая сторона не получила надлежащего уведомления о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве [и в этом случае суд может приостановить разбирательство по вопросу о приведении в исполнение [до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом] [до тех пор, пока стороны не получат возможность быть заслушанными

* Условия, изложенные в настоящей статье, направлены на ограничение числа обстоятельств, при которых суд может отказаться привести в исполнение обеспечительную меру. Если какое-либо государство одобрит меньшее число обстоятельств, при которых в приведении в исполнение такой меры может быть отказано, это не будет противоречить уровню согласования, который должен быть достигнут с помощью этих типовых положений.

третейским судом] [до тех пор, пока стороны не получат надлежащего уведомления]]];

Вариант 2: такой отказ оправдывается основаниями, изложенными в пункте 1(a)(ii) статьи 36; или

iii) *Вариант 1:* такая сторона не смогла изложить свои аргументы по делу в связи с этой обеспечительной мерой [и в этом случае суд [может приостановить] [приостанавливает] разбирательство по вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом]; или

Вариант 2: такой отказ оправдывается основаниями, изложенными в пункте 1(a)(ii) статьи 36; или

iv) данная обеспечительная мера была отменена или отложена третейским судом или по предписанию компетентного суда; или

b) если суд устанавливает, что:

i) запрашиваемая обеспечительная мера не совместима с полномочиями, предоставленными суду его законодательством, если только суд не примет решения об изменении формулировки такой обеспечительной меры в той степени, в какой это необходимо для ее приведения в соответствие с его собственными полномочиями и процедурами для целей приведения данной обеспечительной меры в исполнение и без изменения ее существа; или

ii) *Вариант 1:* признание или приведение в исполнение обеспечительной меры противоречило бы публичному порядку, признанному судом.

Вариант 2: любые основания, изложенные в пункте 1(b)(i) или (ii) статьи 36 относятся к признанию и приведению в исполнение обеспечительной меры.

3) Любое решение, вынесенное судом по любому из оснований, указанных в пункте 2 настоящей статьи, является действительным только для целей обращения о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры.

4) Сторона, которая испрашивает приведение в исполнение обеспечительной меры или ходатайство которой удовлетворено, незамедлительно сообщает суду о любой отмене, отсрочке или изменении такой обеспечительной меры.

5) *Вариант А:* Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он считает это нужным, предписать другой стороне предоставить надлежащее обеспечение за возмещение [если только третейский суд уже не вынес предписания в отношении предоставления обеспечения за возмещение] [если только третейский суд уже не вынес предписания в отношении предоставления обеспечения за возмещение, за исключением случая, когда суд устанавливает, что такое предписание является ненадлежащим или недостаточным при данных обстоятельствах].

Вариант В: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он считает это нужным, предписать предоставление обеспечения за возмещение.

Вариант С: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, не рассматривает при осуществлении этого полномочия существо обеспечительной меры.

Вариант D: Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может предписать предоставление обеспечения за возмещение только в том случае, если такое предписание является необходимым для защиты прав третьих сторон.

б) Пункт 2(а)(ii) не применяется

Вариант X: в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера, при условии, что такая обеспечительная мера была предписана на срок, не превышающий [тридцати] дней, и приведение в исполнение такой обеспечительной меры запрашивается до истечения этого срока.

Вариант Y: в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера, при условии, что такая обеспечительная мера подтверждена третейским судом после того, как другая сторона получила возможность изложить свои аргументы по делу в связи с данной обеспечительной мерой.

Вариант Z: в случае, если третейский суд, по своему усмотрению, решает, что с учетом обстоятельств, указанных в статье 17(2), такая обеспечительная мера может быть эффективной только тогда, когда предписание о приведении ее в исполнение вынесено судом без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая обеспечительная мера".

Пункт 1

95. В ответ на вопрос относительно формулировки "если третейским судом не предусмотрено иное" Рабочей группе было напомнено, что эти слова были включены для учета решения о том, что третейский суд должен обладать возможностью предусмотреть в момент предписания обеспечительной меры, что эта мера не может быть предметом обращения к суду для приведения в исполнение (A/CN.9/524, пункты 26 и 34).

"в письменной форме"

96. Было предложено исключить приведенные в квадратных скобках слова "в письменной форме". Это предложение было принято.

Сноска к пункту 1

97. Рабочая группа сочла содержание сноски к пункту 1 в целом приемлемым.

"которая удовлетворяет требованиям статьи 17"

98. Рабочая группа напомнила, что в пункте 1 пересмотренного проекта статьи 17 бис использована более широкая формулировка по сравнению с предыдущим проектом, поскольку слова "обеспечительная мера, упомянутая в статье 17" были заменены словами "принятые третейским судом постановление или решение об обеспечительных мерах, которые удовлетворяют требованиям статьи 17". Было напомнено, что цель включенной в нынешний проект формулировки состоит в обеспечении того, чтобы обеспечительная мера, применительно к которой заявляется ходатайство о приведении в исполнение, отвечала защитительным положениям, установленным в проекте статьи 17, независимо от того, была ли эта мера вынесена в стране, принявшей Типовой закон, или в какой-либо другой стране (A/CN.9/524, пункт 32). В поддержку включения ссылки на требования статьи 17 в пункт 1 было указано, что это явится стимулом для третейского суда применительно к строгому соблюдению условий, оговоренных в статье 17.

99. В то же время было высказано мнение о том, что ссылка на требования статьи 17 не является необходимой, поскольку она приводит к неясности, а также была выражена обеспокоенность в связи с тем, что нынешний текст может быть истолкован судом, рассматривающим ходатайство о приведении в исполнение, как требующий от него провести новое рассмотрение вопроса о том, удовлетворяет ли обеспечительная мера требованиям статьи 17. С тем чтобы избежать такого возможного толкования, было предложено принять примерно следующую формулировку: "обеспечительная мера, принятая третейским судом согласно статье 17 или стандартам, по существу аналогичным положениям статьи 17, признается в качестве обязательной и, если третейским судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была предписана, при условии соблюдения настоящей статьи".

100. Хотя ряд делегаций разделили вышеизложенную обеспокоенность, было указано, что предложенная формулировка может породить две различные проблемы. Во-первых, ссылка на "стандарты, по существу аналогичные положениям статьи 17" может быть истолкована как добавляющая непреднамеренную интерпретацию определения обеспечительных мер. Во-вторых, установление связи между статьей 17 и статьей 17 бис является, как было указано, неуместным при сопоставлении с подходом, использованным в Нью-Йоркской конвенции применительно к приведению в исполнение и признанию арбитражных решений. В Нью-Йоркской конвенции не содержится определения термина "арбитражное решение", и, как следствие, режим признания и приведения в исполнение применяется независимо от источника арбитражного решения. В отличие от этого ссылка в статье 17 бис(1) на статью 17 может ограничить признание и приведение в исполнение обеспечительных мер теми странами, которые приняли статью 17 Типового закона. Было отмечено, что такой результат будет противоречить достижению цели содействия приведению в исполнение, за которую выступает Рабочая группа применительно к обеспечительным мерам, а также цели согласования правового регулирования по этому вопросу. На этой основе было высказано мнение о том, что статья 17 бис должна применяться ко всем обеспечительным мерам, независимо от того, соответствует ли мера требованиям статьи 17. Кроме того, было указано, что в любом случае ссылка на статью 17 является неуместной, поскольку она отсылает не только к определению обеспечительной

меры, но также и к условиям, при которых третейский суд может вынести обеспечительную меру.

101. Было отмечено, что включение в текст формулировки "которая удовлетворяет требованиям статьи 17" может повлечь создание дополнительного скрытого основания для отказа в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры. Было указано, что если включение такого основания входит в намерения Рабочей группы, то подобную формулировку лучше было бы включить в пункт 2. Это предложение получило определенную поддержку. В то же время было отмечено, что если такое предложение будет принято, то это будет означать, что сторона, в отношении которой принята мера, будет нести бремя доказывания того, что обеспечительная мера не отвечает требованиям статьи 17.

102. С тем чтобы учесть этот момент, было предложено исключить ссылку "которая удовлетворяет требованиям статьи 17" и добавить еще одно основание, по которому суд может отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры в силу пункта 2. После обсуждения Рабочая группа приняла это предложение.

Пункт 2

Вступительная формулировка

103. Рабочая группа согласилась в целях обеспечения соответствия со статьей 36 Типового закона исключить из вводной формулировки пункта 2 заключенный в квадратные скобки союз "и" и сохранить союз "или". Рабочая группа приняла вступительную формулировку пункта 2 без каких-либо иных замечаний.

Подпункт (а)

Вступительная формулировка

104. Было предложено исключить слова "по просьбе стороны, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера", поскольку суд может убедиться в существовании основания для отказа в приведении в исполнение из простого изучения дела. Кроме того, подобное исключение позволит охватить ситуацию, когда сторона, в отношении которой принята та или иная мера, отсутствует при разбирательстве.

Подпункт (а)(i)

105. Из двух вариантов, включенных в этот проект подпункта, предпочтение было отдано сохранению варианта 2. В то же время было предложено исключить из этого варианта ссылку на подпункт 36(1)(а)(i) Типового закона, с тем чтобы не предоставлять суду возможности оценить вопрос о действительном наличии у третейского суда компетенции в момент, когда арбитражная процедура еще не завершена. В ответ было указано, что эта опасность уже учитывается в пункте 3 статьи 17 бис, в котором действительность любого решения, вынесенного судом по любому из оснований, указанных в пункте 2, ограничивается признанием и приведением в исполнение обеспечительной меры. Было предложено рассмотреть в качестве возможного альтернативного подхода включение общей ссылки на статью 36, а не на ее отдельные пункты. В этом случае может быть

рассмотрен вопрос об исключении подпункта (a)(iv), поскольку он, возможно, уже охватывается статьей 36(1)(a)(v). Другое мнение состояло в том, что окончательное решение принять вариант 2 может быть принято только после рассмотрения Рабочей группой сводного текста, содержащего различные ссылки на статью 36 Типового закона, как он излагается в пункте 2 в его нынешней редакции.

106. Было указано, что, поскольку было выражено согласие с сохранением варианта 2, требуется еще раз вернуться к вопросу о бремени доказывания. В этой связи было отмечено, что в отличие от подпункта 2(a), в котором прямо не оговаривается вопрос о том, на ком лежит бремя доказывания, в статье 36(1)(a) предусматривается, что это бремя лежит на стороне, против которой направлена обеспечительная мера.

Дополнительное основание для отказа в признании и приведении в исполнение

107. Исходя из предложения исключить ссылку на статью 17 из пункта 1 и добавить еще одно основание, по которому суд может отказать в признании и приведении в исполнение обеспечительной меры (см. пункт 99 выше), было предложено добавить в конце пункта 2 новый подпункт в следующей редакции: "v) суд убедится в том, что третейскому суду было запрещено предписывать обеспечительные меры [по соглашению сторон или в силу императивных норм права в стране, в которой проходит арбитраж]". Было внесено также следующее альтернативное предложение: "v) суд убедится в том, что третейский суд не имел полномочий на вынесение обеспечительной меры [, будь то по соглашению сторон или в силу законодательства места проведения арбитража]". Было указано, что это последнее предложение улучшает первое, поскольку в нем признается, что арбитр не обладает присущим его статусу правом предписывать обеспечительные меры и что такое право может вытекать только из соглашения сторон или из применительного закона.

108. Было отмечено, что текст, заключенный в этом предложенном новом подпункте в квадратные скобки, уже охватывается статьей 36(1)(a)(iii) и что по этой причине его следует, по всей видимости, исключить. В отношении ссылки на право, применимое в месте заседаний третейского суда, было указано, что, например, судье будет трудно привести в исполнение обеспечительную меру, если закон страны, в которой проходит арбитраж, не допускает подобной процедуры, несмотря на соглашение сторон о противном. Было указано, что ссылку на согласие сторон или на применимое право включать в текст пересмотренного предложения не следует, поскольку решение этого вопроса должно быть оставлено на усмотрение суда.

109. Был задан вопрос об уместности ссылки на страну, в которой проходит арбитраж, а также о том, не явится ли лучшим подходом ссылка на страну, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение. Было отмечено, однако, что в статье 36(1)(a)(iv) говорится о "законе той страны, где имел место арбитраж", и что в интересах обеспечения последовательности эту формулировку, возможно, требуется сохранить. В ответ было указано, что право страны, в которой "проходит арбитраж", является, возможно, неуместным с учетом того, что преследуется цель отсылки к *lex arbitri*, а третейские судьи могут физически находиться и за пределами правовой системы, регулирующей арбитражное разбирательство. На этой основе было высказано мнение о

большей уместности ссылки на "право, регулирующее арбитражное разбирательство".

110. Что касается предложения о дополнительном основании для отказа в признании и приведении в исполнение, то было выражено мнение об отсутствии необходимости в таком положении, поскольку этот вопрос уже охватывается должным образом статьей 36.

111. Было высказано мнение о том, что, хотя режим признания и приведения в исполнение согласно статье 17 бис уместен в случае мер *inter partes*, вопрос о его применимости к мерам *ex parte*, возможно, потребуется еще раз рассмотреть.

112. Рабочая группа согласилась с тем, что обсуждение статьи 17 бис потребует продолжения на следующей сессии. К Секретариату была обращена просьба подготовить пересмотренный проект с учетом различных мнений и предложений, изложенных выше.

Примечания

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункт 337.*

² Там же, пункты 340–343.

³ Там же, пункты 344–350.

⁴ Там же, пункты 371–373.

⁵ Там же, пункты 374 и 375.

⁶ Там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/55/17), пункт 396.*

⁷ Там же, *пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17 (A/56/17), пункты 312–314.*

⁸ Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/57/17), пункты 182–184.*

⁹ Там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/58/17), пункт 203.*