



Генеральная Ассамблея

Distr.
LIMITED

A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1
26 January 2000

RUSSIAN
Original: ENGLISH

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

УРЕГУЛИРОВАНИЕ ТОРГОВЫХ СПОРОВ

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

Доклад Генерального секретаря

Добавление

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Страница</u>
<u>[Главы I и II опубликованы в документе A/CN.9/WG.II/WP.108]</u>		
III. ТРЕБОВАНИЕ В ОТНОШЕНИИ ПИСЬМЕННОЙ ФОРМЫ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ	1-40	2
А. Вступительные замечания	1-10	2
В. "Подписанный документ" или "обмен документами"	11-34	3
С. Арбитражное соглашение "в письменной форме" и электронная торговля	35-40	10
IV. РЕЗЮМЕ И ЗАКЛЮЧЕНИЕ	41-42	12

[Продолжение документа A/CN.9/WG.II/WP.108]

III. ТРЕБОВАНИЕ В ОТНОШЕНИИ ПИСЬМЕННОЙ ФОРМЫ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ

A. Вступительные замечания

1. Национальное законодательство многих стран требует заключения арбитражного соглашения в письменной форме с целью обеспечения его выполнения. Такие требования в отношении формы были включены также в международные законодательные тексты, касающиеся торгового арбитража.

2. В статье II(2) Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) требование в отношении письменной формы определяется следующим образом:

"Термин "письменное соглашение" включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами".

3. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 год) в своей статье I(2), сформулированной на основе статьи II Нью-йоркской конвенции, предусматривает:

"2. Для применения настоящей Конвенции:

"а) термин "арбитражное соглашение" обозначает арбитражную оговорку в письменной сделке или отдельное арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу, а в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, - всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами".

4. Такое содержание требования в отношении формы было отражено также в Межамериканской конвенции о международном торговом арбитраже (Панама, 1975 год), которая в своей статье 1 предусматривает:

"Соглашение, в котором стороны обязуются представлять на арбитражное разбирательство любые разногласия, которые могут возникнуть или возникли между ними в отношении какой-либо торговой сделки, является действительным. Такое соглашение излагается в документе, подписанном сторонами, или в форме обмена письмами, телеграммами или сообщениями по телетайпу".

5. Статья 7(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год) предусматривает:

"Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора".

6. Если стороны согласились провести арбитражное разбирательство, но форма, которую стороны использовали для заключения арбитражного соглашения, не отвечает законодательному требованию в отношении формы, то любая из сторон может быть в состоянии выдвигать возражения против компетенции арбитражного суда. Любая из сторон может выдвигать такое возражение, например, тогда, когда а) начато судебное разбирательство и ответчик просит о том, чтобы стороны прибегли к арбитражу, а истец в судебном разбирательстве противопоставляет этой просьбе утверждение о том, что арбитражное соглашение является недействительным (например, статья 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ; статья III(3) Нью-йоркской конвенции); б) арбитражное разбирательство началось и одна из сторон в арбитражном разбирательстве делает заявление о том, что арбитражный суд не имеет компетенции (например, статья 16(2) Типового закона; статья V Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года); в) арбитражное решение было принято и какая-либо сторона обращается с ходатайством об отмене данного арбитражного решения (например, статья 34(2)(a)(i) наряду со статьей 16(2) Типового закона); д) какая-либо сторона обращается с ходатайством о признании и приведении в исполнение арбитражного решения и ответчик выдвигает возражение против этого ходатайства (например, статья 36(1)(a)(i) наряду со статьей 16(2) Типового закона; статья V(1)(a) Нью-йоркской конвенции).

7. Практики неоднократно подчеркивали, что существует целый ряд ситуаций, в которых стороны соглашались провести арбитражное разбирательство (и имеются письменные доказательства наличия такого соглашения), но в которых, тем не менее, действительность соглашения оспаривается вследствие в целом ограничительного требования в отношении формы. С учетом таких ситуаций часто делается вывод о том, что определение письменной формы, содержащееся в вышеупомянутых международных законодательных текстах, не соответствует международной договорной практике и наносит ущерб правовой определенности и предсказуемости обязательств, возникающих в международной торговле.

8. Национальное законодательство некоторых стран (как указывается более подробно ниже в пунктах 29-32) учло эту проблему и расширило определение письменной формы. Хотя проблема устаревшего требования в отношении формы таким образом решается, то обстоятельство, что такое законодательство различных стран предусматривает разные решения, порождает другие трудности вследствие несоответствия положений такого законодательства. Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что такое несоответствие, которое может увеличиться в будущем, усиливает желательность нахождения международно согласованных решений. Тем временем, поскольку определение, содержащееся в международных законодательных текстах, а также в национальном законодательстве многих стран, остается неизменным, по-прежнему возникают нежелательные последствия. Они заключаются, например, в том, что, как предполагают стороны, они в состоянии возбуждать арбитражное разбирательство, но их предположения оказываются необоснованными. Кроме того, суды для достижения результатов, которые они считают надлежащими при данных обстоятельствах, вынуждены прибегать к расширительному и даже неправильному толкованию определения письменной формы. Трудности могут возникать также тогда, когда арбитражные решения выносятся на основании положений законодательства, предусматривающих более широкое определение письменной формы, однако представляются для приведения в исполнение в стране, законодательство которой содержит более узкое определение.

9. С учетом вышеизложенного были высказаны предположения о том, что следует найти решения, которые, с одной стороны, учитывали бы мнение, согласно которому споры могут быть урегулированы с помощью арбитража только в том случае, если стороны согласились с этим, а, с другой стороны, придавали бы действительность законной договорной практике и позволяли бы избегать проблем и неопределенности в арбитражной практике.

10. В разделе В ниже сначала рассматриваются типичные фактические ситуации, в которых требование о том, чтобы арбитражное соглашение "было подписано" или "содержалось в обмене письмами", может порождать проблемы и неопределенность. В последующем разделе С, который относится к работе

Комиссии в области электронной торговли, рассматривается вопрос о том, каким образом следует толковать требование в отношении письменной формы тогда, когда стороны используют электронные средства связи для выражения согласия на арбитраж.

В. "Подписанный документ" или "обмен документами"

11. В качестве типичных примеров можно привести несколько фактических ситуаций, когда стороны согласились с содержанием договора, в который включено арбитражное соглашение, и когда имеется письменное доказательство наличия договора, но когда, тем не менее, действующие нормы права (содержащиеся в международных текстах, указанных выше в пунктах 2-5) могут толковаться как лишающие действительности или ставящие под сомнение действительность арбитражного соглашения. Это происходит тогда, когда а) стороны не подписали документ, содержащий арбитражное соглашение (что регулярно происходит тогда, когда стороны не находятся в одном и том же месте при заключении договора) и б) процедура, используемая сторонами для заключения договора, не отвечает критерию "обмена письмами или телеграммами" (статья II(2) Нью-йоркской конвенции), если этот критерий толковать буквально.

12. К числу таких фактических ситуаций относятся следующие:

а) договор, содержащий арбитражную оговорку, составляется одной стороной, направляющей в письменном виде условия договора другой стороне, которая выполняет свои обязательства по данному договору, не возвращая или не производя какой-либо другой "обмен" в письменной форме в отношении условий этого договора;

б) договор, содержащий арбитражную оговорку, составляется на основе текста договора, предложенного одной стороной, который не был прямо принят в письменной форме другой стороной, однако другая сторона ссылается в письменной форме на данный договор в последующей корреспонденции, счете-фактуре или аккредитиве путем упоминания, например, даты заключения или номера договора;

в) договор заключается через посредника, который выдает текст, удостоверяющий то, что согласовали стороны между собой, включая арбитражную оговорку, но при этом между сторонами не имел места какой-либо прямой обмен письменными сообщениями;

г) ссылка в устном соглашении на совокупность условий в письменной форме, которые могут иметь стандартную форму, содержащую арбитражное соглашение;

д) коносамент, включающий условия основной чартер-партии путем отсылки;

е) ряд договоров, заключенных одними и теми же сторонами в процессе их деловых взаимоотношений, когда предыдущие договоры включали в себя действительные арбитражные соглашения, однако данный договор не был подтвержден подписанным документом в письменной форме или же не имел места обмен письменными документами в отношении этого договора;

ж) первоначальный договор содержит заключенную в установленном порядке арбитражную оговорку, однако нет арбитражной оговорки в добавлении к этому договору, в документе о продлении срока его действия, в документе о новации договора или в соглашении об урегулировании, касающемся этого договора (такой "последующий" договор может быть заключен в устной или письменной форме);

з) коносамент, содержащий арбитражную оговорку, который не подписан грузоотправителем или последующим держателем;

i) права и обязательства третьих сторон по арбитражным соглашениям, включенным в договоры, которые предоставляют выгоды бенефициарам, являющимся третьими сторонами, или содержат оговорку в пользу третьей стороны (*stipulation pour autrui*);

j) права и обязательства третьих сторон по арбитражным соглашениям после новации или уступки основного договора третьей стороне;

k) права и обязательства третьих сторон по арбитражным соглашениям в том случае, когда третья сторона осуществляет суброгированные права;

l) права и обязательства по арбитражным соглашениям в том случае, когда интересы в договорах подтверждаются правопреемниками сторон после слияния или разъединения компаний, в результате чего корпоративное юридическое лицо уже не является одним и тем же;

m) случай, когда истец стремится возбудить арбитражное разбирательство против какого-либо субъекта, который первоначально не являлся стороной арбитражного соглашения, или случай, когда субъект, который первоначально не являлся стороной арбитражного соглашения, стремится полагаться на такое соглашение для возбуждения арбитражного разбирательства путем, например, использования теории "группы компаний"¹.

13. В таких ситуациях суды выносили разные решения, зачастую отражающие их общее отношение к арбитражу. Во многих случаях судам удавалось заставить стороны придерживаться заключенного ими соглашения, причем в некоторых случаях путем использования творческого толкования для достижения этого результата. Например, некоторые суды придерживались такого толкования статьи II Нью-Йоркской конвенции, согласно которому выражение "арбитражная оговорка в договоре" следует толковать отдельно от выражения "арбитражные соглашения, подписанные сторонами или содержащиеся в обмене письмами или телеграммами". Путем разбивки этого положения на две части суды смогли либерализовать требования статьи II в отношении обеспечения соблюдения арбитражных оговорок, содержащихся в договорах, которые не были подписаны обеими сторонами или не содержались в обмене письмами или телеграммами.

14. Помимо различий и не общепризнанных вариантов толкования статьи II, как отмечалось, в соответствии с действующим прецедентным правом арбитражная оговорка, выраженная в письменной форме (например, в оферте в отношении заключения договора или в подтверждении продажи или покупки), будет отвечать требованию в отношении формы, установленному в статье II(2) Нью-Йоркской конвенции только в том случае, если а) письменный документ подписан обеими сторонами, б) возвращен дубликат письменного документа, подписанный или нет, или с) письменный документ акцептуется посредством другого составленного в письменной форме сообщения стороне, которая направила первый письменный документ. Часто отмечалось, что эти требования являются слишком ограничительными и уже не согласуются с международной торговой практикой. Имели место различные случаи, когда арбитражные соглашения лишались действительности в ходе судебного разбирательства, поскольку обстоятельства дела нельзя было привнести в сферу действия статьи II(2) Конвенции. Кроме того, можно представить, что во многих случаях не предпринималась даже попытка провести арбитражное разбирательство вследствие узости этого определения.

¹Теория "группы компаний" использовалась для распространения на материнскую компанию или дочернюю компанию действия арбитражного соглашения, которое было подписано не ею, а другими членами этой группы. Суть этой теории можно кратко изложить следующим образом: она требует, чтобы 1) иная с юридической точки зрения компания, на которую распространяется действие арбитражного соглашения, являлась частью группы компаний, представляющих собой одну экономическую реальность (*une réalité économique unique*), 2) эта компания играла активную роль в заключении и исполнении договора и 3) включение этой компании в сферу действия арбитражного соглашения отражало взаимные намерения всех сторон разбирательства. Эта концепция применялась в ряде арбитражных разбирательств (например, разбирательств, осуществлявшихся под эгидой Международной торговой палаты) и получила одобрение со стороны некоторых судов.

15. Фактические ситуации, указанные выше в пункте 12, могут рассматриваться при их анализе как вытекающие из различных обуславливающих их вопросов. Ситуации, указанные в пунктах (a)-(h), являются ситуациями, в которых стороны заключили договор, содержащий арбитражную оговорку, однако форма этой оговорки не отвечает соответствующему статутному требованию. В той мере, в какой такого рода ситуации приводят к нежелательным результатам, они должны быть учтены посредством расширения статутного требования в отношении формы.

16. Ситуации, указанные в пунктах (i)-(m), отличаются тем, что в таких ситуациях можно предположить, что арбитражное соглашение было заключено в установленном порядке одной совокупностью сторон, и вопрос заключается в том, становится ли такое арбитражное соглашение обязательным для какой-либо третьей стороны, которая впоследствии становится стороной этого договора или принимает на себя определенные права и обязательства, вытекающие из данного договора. Различные страны придерживаются в своем законодательстве разных подходов к правам третьих сторон и к передаче прав и интересов по договорам и вследствие этого могут достигать разных результатов. Например, в то время как законодательство некоторых стран стремится к принятию теории "группы компаний", законодательство других стран ее отвергает. Эти различия, коренящиеся в договорном праве, предполагают, что если ситуации, указанные в пунктах (i)-(m), требуют изменения законодательных положений, то такие решения не должны наносить ущерба нормам права, регулирующим передачу договорных прав и обязательств третьим сторонам.

Возможные законодательные подходы

17. Одним из возможных способов устранения вышеупомянутых трудностей могло бы стать обновление положений Нью-йоркской конвенции, касающихся формы арбитражного соглашения. Во время обсуждения Комиссией этого вопроса были высказаны различные точки зрения в отношении способов, с помощью которых можно было бы обеспечить обновление положений Нью-йоркской конвенции (A/54/17, пункты 344 и 347). Одно из мнений заключалось в том, что вопросы, касающиеся формы арбитражной оговорки, следовало бы урегулировать с помощью разработки дополнительного протокола к Нью-йоркской конвенции. Было разъяснено, что изменение формулировки статьи II(2) или содействие ее единообразному толкованию могут быть обеспечены на надлежащем уровне авторитетности только с помощью договорных положений, аналогичных по своему характеру положениям Нью-йоркской конвенции. Хотя это мнение получило поддержку, была выражена и обеспокоенность в отношении того, что любая попытка пересмотреть Нью-йоркскую конвенцию может поставить под угрозу прекрасные результаты, достигнутые более чем за сорок лет практики международного признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений за счет всемирного участия в этой Конвенции. Однако в ответ на эту обеспокоенность было указано, что уже сам успех Нью-йоркской конвенции и ее превращение во всемирный стандарт должны сделать возможным для ЮНСИТРАЛ провести работу по ограниченному пересмотру текста Конвенции, если такая работа требуется для приспособления ее положений к изменяющимся коммерческим реалиям, и тем самым поддержать или восстановить ее центральный статус в области международного торгового арбитража.

18. Еще одна возможность может заключаться в подготовке конвенции, отдельной от Нью-йоркской конвенции, для учета тех ситуаций, которые могут возникать за пределами сферы применения Нью-йоркской конвенции, включая ситуации, когда арбитражное соглашение не отвечает требованию в отношении формы, установленному в статье II. Во время обсуждения Комиссией этой возможности (A/54/17, пункт 349) она получила определенную поддержку. Вместе с тем другое мнение заключалось в том, что, как показал опыт, процесс принятия новой конвенции и обеспечение ее широкой ратификации может растянуться на много лет и что до его завершения будет наблюдаться нежелательная несогласованность. Было также указано, что предложенный подход может быть особенно приемлемым для урегулирования ряда вышеупомянутых конкретных фактических ситуаций, которые вызывают серьезные проблемы при применении Нью-йоркской конвенции. Однако в связи с рядом подобных ситуаций (например, передачей прав или обязательств неподписавшимся третьим сторонам) широкую поддержку получило мнение о том, что соответствующие вопросы представляют собой общие вопросы относительно существования или действительности основной сделки. Соответственно были высказаны сомнения в отношении целесообразности и практической возможности урегулировать эти вопросы в контексте совокупности положений, касающихся в первую очередь формы арбитражного соглашения.

19. Еще одно возможное решение заключается в использовании Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже в качестве инструмента толкования Нью-йоркской конвенции. Такое решение улучшило бы ситуацию, поскольку, например, статья 7(2) Типового закона использовалась бы для уточнения последствий ссылки в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, и признания последствий использования электронных средств электросвязи для заключения арбитражного соглашения. Вместе с тем требование, согласно которому арбитражное соглашение должно содержаться в "обмене"

сообщениями, которое породило серьезные трудности на практике, может обуславливать необходимость внесения поправок в нынешний текст Типового закона. В случае внесения таких поправок в Типовой закон может быть рассмотрен целый ряд возможных подходов (см. ниже пункты 29-32).

20. При рассмотрении возможности внесения поправок в Типовой закон в качестве инструмента толкования статьи II(2) Нью-йоркской конвенции (без внесения поправок в саму Конвенцию) Рабочая группа, возможно, пожелает также учесть, что национальное законодательство не может действовать в контексте применения наиболее благоприятного законодательства, предусмотренного положениями статьи VII Конвенции. В соответствии со статьей VII(1)

"1. Постановления настоящей Конвенции [...] не лишают никакую заинтересованную сторону права воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются законом или международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения".

21. С учетом этой статьи можно считать, что если закон страны, в которой должно быть приведено в исполнение арбитражное решение (или закон, применимый к арбитражному соглашению), содержит менее жесткое требование в отношении формы, чем Конвенция, то заинтересованная сторона может полагаться на такой национальный закон. Это понимание соответствовало бы цели Конвенции, которая заключается в содействии признанию и приведению в исполнение иностранных арбитражных решений. Эта цель достигается посредством устранения условий признания и приведения в исполнение, установленных в национальном законодательстве и являющихся более жесткими, чем условия, предусмотренные Конвенцией, тогда как в силе остаются любые положения национального законодательства, предоставляющие особые или более благоприятные права стороне, стремящейся использовать арбитражное решение.

22. Вместе с тем следует отметить, что приемлемость разрешения использовать менее ограничительные требования в отношении формы посредством статьи VII(1) Конвенции будет зависеть от того, считается ли, что статья II(2) Конвенции устанавливает максимальное требование в отношении формы (тем самым оставляя на усмотрение государств принятие менее жесткого требования) или же Конвенция толкуется как устанавливающая единое требование в отношении формы, которому должны отвечать арбитражные соглашения в соответствии с Конвенцией. Кроме того, следует отметить, что согласно некоторым мнениям статья VII(1) может использоваться для признания более благоприятных положений национального законодательства, касающихся формы, только в том случае, если механизм приведения в исполнение арбитражных решений, предусмотренный Нью-йоркской конвенцией, заменяется национальным законодательством, касающимся приведения в исполнение иностранных арбитражных решений (будь то предусмотренного каким-либо статутом или разработанного на основе прецедентного права). Утверждается, что только в том случае, если такой национальный режим приведения в исполнение арбитражных решений существует, этот режим посредством статьи VII(1) может использоваться вместо режима Конвенции. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить обоснованность и последствия учета этих соображений. Она, возможно, также пожелает обсудить вопрос о том, следует ли эти соображения, касающиеся статьи VII, принимать во внимание при разработке возможных поправок к Типовому закону, с тем чтобы установить режим, который действовал бы в гармонии с Нью-йоркской конвенцией.

23. В ходе рассмотрения Комиссией возможности подготовки типового законодательства для замены статьи II Нью-йоркской конвенции путем применения статьи VII Конвенции (A/54/17, пункт 348) было предложено разработать (в дополнение к типовому законодательству) руководящие принципы или другие необязательные материалы для использования судами в качестве подготовленных международным сообществом рекомендаций по применению Нью-йоркской конвенции. Было также высказано предположение о том, что любое типовое законодательство, которое может быть подготовлено в отношении формы арбитражного соглашения, может включать положение, аналогичное статье 7 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, которая призвана содействовать толкованию путем ссылки на международно признанные принципы. Аналогичные положения были включены в Типовой закон

ЮНСИТРАЛ об электронной торговле² и в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности³. Такой комментарий, не имеющий обязательного характера и сформулированный Комиссией в соответствии с данным типовым законодательным положением, мог бы ускорить процесс согласования норм права и их толкования.

Возможное содержание единообразных положений

24. При рассмотрении содержания единообразных законодательных положений один из возможных подходов, который согласуется с новейшей законодательной практикой ряда стран, состоит во включении перечня документов или фактических ситуаций, в которых арбитражные соглашения будут действительными, несмотря на отсутствие обмена документами. В такой перечень можно было бы включить документы и ситуации, перечисленные выше в пункте 12. Хотя такой конкретный подход имеет преимущество в том, что обеспечивает ясное и конкретное решение указанных проблем, он вместе с тем сопряжен с риском того, что положения такого рода не будут охватывать все ситуации, которые должны быть охвачены, и могут не учитывать надлежащим образом развивающиеся торговые потребности и практику.

25. Несколько более широкое решение могло бы заключаться в признании действительности письменных арбитражных соглашений даже в том случае, если они не заключены посредством обмена документами. Можно было бы рассмотреть формулировку, аналогичную предложению, выдвинутому в ходе разработки статьи 7(2) Типового закона. Была предложена следующая формулировка:

"Однако арбитражное соглашение существует и в том случае, если одна сторона контракта ссылается в своем письменном предложении, встречном предложении или в подтверждении контракта на общие условия или использует форму контракта или стандартный контракт, содержащий арбитражную оговорку, а другая сторона не возражает против этого, при условии, что в действующем законодательстве признается заключение контрактов таким образом"⁴.

Хотя это предложение было в то время отклонено, "поскольку оно влечет за собой сложные проблемы толкования"⁵, вполне можно считать, что идея, лежащая в его основе, остается актуальной.

26. В ходе разработки Типового закона были представлены письменные замечания правительств в отношении проекта типового закона, содержащие предложение, которое было внесено (Норвегией) и в котором отмечалось, что арбитражные оговорки зачастую включаются в коносаменты, которые, как правило, не подписываются грузоотправителем. Тем не менее, как утверждалось, такие оговорки в целом считаются обязательными для грузоотправителя и последующих держателей коносамента. Для разъяснения статуса таких арбитражных соглашений была предложена формулировка, которая затрагивает коносаменты, а также другие письменные арбитражные соглашения, подписанные только одной стороной. Это предложение предусматривало включение в статью 7 Типового закона следующего положения:

²Статья 3:

"1) При толковании настоящего Закона следует учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности.

2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящего Закона и которые прямо в нем не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основан настоящий Закон".

³Статья 8:

"При толковании настоящего Закона следует учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности".

⁴Документ A/CN.9/WG.II/WP.37, проект статьи 3, воспроизведенный в Ежегоднике ЮНСИТРАЛ, том XIV: 1983 год, часть вторая, III, В, 1.

⁵Документ A/CN.9/232, пункт 45, воспроизведенный в Ежегоднике ЮНСИТРАЛ, том XIV: 1983 год, часть вторая, III, А.

"Если коносамент или другой документ, подписанный лишь одной из сторон, в достаточной мере подтверждает договор, то арбитражная оговорка в документе или ссылка в документе на другой документ, содержащий арбитражную оговорку, должны рассматриваться в качестве соглашения в письменном виде"⁶.

27. Это предложение было рассмотрено в ходе восемнадцатой сессии Комиссии в 1985 году, на которой была завершена разработка Типового закона⁷. Хотя это предложение в конечном счете не было принято, в ходе обсуждения отмечалось, что значительное число выступавших высказало в отношении него благоприятные замечания⁸.

28. Различные положения национального законодательства, принятые в последнее время, устанавливают более широкое определение, чем определение, включенное в этот Типовой закон ЮНСИТРАЛ. Они воспроизводятся здесь в качестве примеров с целью способствовать обсуждению и для возможного использования в качестве стимула в поисках приемлемых согласованных решений.

29. В Швейцарии статья 178 Федерального закона о положениях международного частного права устанавливает общий подход:

"1. Что касается его формы, то арбитражное соглашение является действительным, если оно совершено в письменной форме путем направления телеграммы, телексного сообщения, факсимильного сообщения или путем использования любого другого средства связи, которое допускает его подтверждение с помощью какого-либо текста.

2. Что касается его существа, то арбитражное соглашение является действительным, если оно соответствует либо нормам права, выбранным сторонами, либо нормам права, регулирующим предмет спора, в частности, нормам права, регулирующим основной договор, или же если оно соответствует законодательству Швейцарии".

30. В Нидерландах статья 1021 Закона об арбитраже 1986 года предусматривает:

"Арбитражное соглашение подтверждается документом в письменной форме. Для этой цели документ в письменной форме, который предусматривает проведение арбитражного разбирательства или который содержит ссылку на стандартные условия, предусматривающие проведение арбитражного разбирательства, является достаточным при условии, что этот документ прямо или косвенно принят другой стороной или от ее имени".

31. Несколько более детальный подход используется в Законе Германии об арбитраже 1997 года, статья 1031 которого предусматривает:

"1. Арбитражное соглашение содержится либо в документе, подписанном сторонами, либо в обмене письмами, факсимильными сообщениями, телеграммами, либо с помощью других средств электросвязи, которые обеспечивают фиксацию такого соглашения.

2. Установленное в пункте 1 требование в отношении формы считается выполненным, если арбитражное соглашение содержится в документе, препровожденном одной стороной другой стороне или

⁶Документ A/CN.9/263 (Аналитический обзор комментариев, полученных от правительств и международных организаций, к проекту текста типового закона о международном торговом арбитраже), комментарии к статье 7, пункт 5 (Норвегия), воспроизведенные в Ежегоднике ЮНСИТРАЛ, том XVI: 1985 год, часть вторая, I, А.

⁷Официальные отчеты Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о заседаниях, посвященных подготовке Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, 311-е заседание, воспроизведенные в Ежегоднике ЮНСИТРАЛ, том XVI: 1985 год, часть третья, II.

⁸Там же, пункт 48.

какой-либо третьей стороной обеим сторонам, и, если своевременно не было высказано возражений, содержание такого документа считается частью договора в соответствии с общепризнанным обыкновением.

3. Ссылка в договоре, отвечающая требованиям в отношении формы, установленным в пункте 1 или 2, на документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение при условии, что ссылка является таковой, что превращает эту оговорку в часть этого договора.

4. Арбитражное соглашение также может быть заключено путем выдачи коносамента, если коносамент содержит прямую ссылку на арбитражную оговорку в чартер-партии.

5. Арбитражные соглашения, стороной которых является потребитель, должны содержаться в документе, который был лично подписан сторонами. Никакие соглашения, иные, чем соглашения, содержащие ссылку на арбитражное разбирательство, не могут содержаться в таком документе; это не является применимым в случае нотариального подтверждения. Потребителем является физическое лицо, которое в отношении оспариваемой сделки действует с целью, которая может считаться находящейся вне его профессии или самостоятельной занятости ("gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit").

6. Любое несоблюдение требований в отношении формы устраняется путем выдвижения аргументов в отношении существа спора в ходе арбитражного разбирательства".

32. Детальный подход использовался в Англии, в которой статья 5 Закона об арбитраже 1996 года предусматривает:

"[...]

2) Соглашение в письменной форме существует:

- a) если это соглашение заключено в письменной форме (независимо от того, подписано оно сторонами или нет);
- b) если это соглашение заключено путем обмена сообщениями в письменной форме; или
- c) если это соглашение подтверждено в письменной форме.

3) Если стороны достигли соглашения каким-либо иным образом, чем письменная форма, путем ссылки на условия, которые изложены в письменной форме, то они заключают соглашение в письменной форме.

4) Соглашение подтверждается в письменной форме в том случае, если соглашение, заключенное как-либо иначе, чем в письменной форме, регистрируется одной из сторон или какой-либо третьей стороной в соответствующем органе сторон соглашения.

5) Обмен письменными представлениями в ходе арбитражного или судебного разбирательства, в которых одна сторона утверждает о существовании соглашения, заключенного как-либо иначе, чем в письменной форме, в отношении другой стороны, а другая сторона в своем ответе не отрицает этого, представляет собой в отношениях между этими сторонами соглашение в письменной форме в утверждаемой степени.

6) Содержащиеся в настоящей Части ссылки на что-либо написанное или имеющее письменную форму включают фиксацию этого с помощью каких-либо способов".

Незаконодательный подход

33. С учетом различных соображений, лежащих в основе подготовке международного договора или типового законодательства, включая длительный процесс законодательного осуществления любого решения, которое может быть согласовано, Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить целесообразность подготовки незаконодательного текста. Во время обсуждения Комиссией вопроса о степени, в которой нынешние

статутные положения считаются устаревшими (А/54/17, пункт 344), было высказано мнение о том, что в большинстве случаев стороны не сталкиваются с трудностями при соблюдении нынешних требований в отношении формы арбитражных соглашений. Было также заявлено, что эти требования заставляют стороны тщательно рассматривать вопрос о выведении своих споров из-под юрисдикции судов. В связи с этим было высказано предположение о том, что если будет принято решение о проведении какой-либо работы, то такая работа должна ограничиваться подготовкой практического руководства. Вместе с тем, хотя эта точка зрения получила определенную поддержку, Комиссия постановила, что в будущем необходимо провести работу по вопросам, возникающим в связи со статьей II(2) Нью-йоркской конвенции, и что к числу вариантов, которые могут быть рассмотрены, относится подготовка законодательных положений.

34. С учетом этих соображений Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить целесообразность подготовки практических руководящих принципов или записок с целью обратить внимание сторон международных сделок на то, что при определенных фактических обстоятельствах (например, тех, которые указаны выше в пункте 12) могут возникать проблемы в отношении формы, которые могут неблагоприятно воздействовать на применение Нью-йоркской конвенции с точки зрения признания соглашений о проведении арбитражного разбирательства и приведения в исполнение арбитражных решений. Такие руководящие принципы могли бы быть полезными, например, для того, чтобы предупреждать торговые организации, которые используют стандартные формы, о том, что эти формы могут и не отвечать требованиям в отношении письменной формы, причем в таких руководящих принципах могут предлагаться изменения в формулировках или видах практики, направленные на то, чтобы избежать таких трудностей. Кроме того, такие руководящие принципы или записки могут быть полезными для сторон и судей национальных судов при анализе того, отвечают ли различные виды коммерческого поведения требованию в отношении письменной формы. Рабочая группа, возможно, рассмотрит вопрос о том, могут ли такие руководящие принципы или записки быть полезными для международной торговой деятельности в качестве промежуточного или отдельного решения, пока рассматривается более емкий с точки зрения времени и более сложный процесс разработки и осуществления законодательных решений.

C. Арбитражное соглашение "в письменной форме" и электронная торговля

35. Вопрос о том, является ли электронная торговля приемлемым средством заключения действительных арбитражных соглашений, не должен порождать больше проблем, чем породило широкое использование телекса, а впоследствии телетайпной или факсимильной связи. Вышеупомянутая статья 7(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ прямо объявляет действительным использование любого средства электросвязи, "обеспечивающего фиксацию такого соглашения", т.е. такая формулировка будет охватывать телетайпные или факсимильные сообщения, а также большинство общих видов использования электронной почты или передачу сообщений посредством электронного обмена данными (ЭДИ).

36. Что касается Нью-йоркской конвенции, то общепризнано, что выражение в статье II(2) "содержащееся в обмене письмами или телеграммами" следует толковать широко, как включающее другие средства связи, особенно телексную связь (к которой можно сегодня добавить факсимильную связь). Такое же телеологическое толкование⁹ может быть расширено для охвата электронной торговли. Такое расширение действия статьи II для охвата определенных средств связи, использование которых не предвиделось во время разработки Конвенции, соответствовало бы решению, принятому Комиссией при утверждении ею Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, а также Руководства по принятию Типового закона в 1996 году. Руководство, которое разрабатывалось с учетом Нью-йоркской конвенции и других международных документов, предусматривает, что

⁹Например, швейцарский федеральный суд отметил, что "[статью II(2)] следует толковать в свете [Типового закона], авторы которого имели намерение адаптировать правовой режим Нью-йоркской конвенции к современным потребностям, без модификации [действующей Конвенции]". Compagnie de Navigation et Transports S.A. v. MSC (Mediterranean Shipping Company) S.A. 16 January 1995, 1st civil division of Swiss Federal Tribunal; соответствующие выдержки см. в (1995) 13 Association suisse de l'arbitrage Bulletin pp. 503-511 at p. 508.

"Типовой закон [об электронной торговле] в ряде случаев может быть полезным в качестве инструмента для толкования действующих международных конвенций и иных международных документов, создающих юридические препятствия для использования электронной торговли в результате того, что в них, например, устанавливается требование об обязательном письменном оформлении некоторых документов и договорных положений. В отношениях между государствами - участниками таких международных документов принятие Типового закона [об электронной торговле] в качестве правила толкования может представлять собой средство признания использования электронной торговли без необходимости в дополнении соответствующего международного документа специальным протоколом" (см. Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, пункт 6).

37. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, можно ли толковать статью II(2) Нью-Йоркской конвенции как охватывающую также договоры и арбитражные соглашения, заключенные в контексте электронной торговли (путем ссылки либо на статью 7(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже, либо на Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле), и может ли такое толкование рассчитывать на широкую международную поддержку, а также следует ли Комиссии рекомендовать его в качестве эффективного решения.

38. При рассмотрении вопроса о том, каким образом законодательство, касающееся современных средств связи, влияет на толкование статьи II(2) Нью-Йоркской конвенции, Рабочая группа, возможно, пожелает учесть общую проблему совместимости электронной торговли с правовым режимом, установленным рядом международных конвенций, которые регулируют различные области торговли и содержат обязательные требования в отношении использования письменных документов. Неоднократно высказывались замечания о том, что многие международные договоры, регулирующие международную торговлю, не учитывают удовлетворительным образом реальность электронной торговли и что согласно этим договорам электронные сообщения остаются потенциально неприемлемыми в качестве законных средств связи. Европейская экономическая комиссия Организации Объединенных Наций подготовила перечень таких международных договоров (документ Trade/WP.4/R.1096, 1994 года, пересмотренный в 1999 году). В связи с этим перечнем Центр по упрощению процедур и практики в управлении, торговле и на транспорте (СЕФАКТ) Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций принял рекомендацию в адрес ЮНСИТРАЛ относительно применения электронных эквивалентов "письменной формы", "подписи" и "документа" в конвенциях и соглашениях, касающихся международной торговли"¹⁰. В этой рекомендации Центр,

"осознавая необходимость недопущения причинения ущерба электронной торговле и поддержки усилий по достижению глобального паритета в праве между обычной и электронной торговлей,

рекомендует ЮНСИТРАЛ рассмотреть меры, необходимые для обеспечения того, чтобы ссылки на "письменную форму", "подпись" и "документ" в конвенциях и соглашениях, касающихся международной торговли, допускали их эквиваленты в электронной форме".

39. Эта рекомендация была принята Комиссией к сведению на ее тридцать второй сессии, наряду с некоторыми другими вопросами, касающимися электронной торговли, которые могут быть включены в ее повестку дня (A/54/17, пункты 315-318). В связи с этой рекомендацией было поддержано предложение о подготовке всеобъемлющего протокола для внесения поправок в многосторонние договорные режимы в целях содействия расширению использования электронной торговли (там же, пункт 316). Было решено, что по завершении выполнения своей текущей задачи, а именно подготовки проекта единообразных правил об электронных подписях, Рабочая группа по электронной торговле, как ожидается, изучит некоторые или все из вышеупомянутых вопросов, а также любые дополнительные вопросы в контексте ее общей консультативной функции в области электронной торговли с целью выработки более конкретных предложений относительно будущей работы Комиссии (там же, пункт 318). С учетом этого можно предположить, что рассмотрение Рабочей группой по арбитражу вопроса о режиме электронных сообщений в контексте Нью-Йоркской

¹⁰Рекомендация от 26 февраля 1999 года, опубликованная под условным обозначением TRADE/CEFACT/1999/CRP.7, была единогласно одобрена на пленарном заседании СЕФАКТ (документ TRADE/CEFACT/1999/19 от 14 июня 1999 года, пункт 60).

конвенции окажет Рабочей группе по электронной торговле и Комиссии пользу при рассмотрении и принятии ими решений по общему вопросу совместимости электронной торговли с международными конвенциями; далее можно предположить, что любые решения, принятые Рабочей группой по арбитражу по этому вопросу, должны согласовываться с решениями, принятыми по данному общему вопросу Рабочей группой по электронной торговле и Комиссией.

40. И, наконец, Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что если предположить, что электронные сообщения должны рассматриваться как письменные сообщения в контексте статьи II Нью-йоркской конвенции, то некоторые виды практики, разработанные в области электронной торговли (через сеть "Интернет" или как-либо иначе), могут привести к возникновению трудностей, которые связаны с требованием, рассматривавшимся ранее и предусматривающим, что арбитражное соглашение должно содержаться "в обмене" сообщениями. Если говорить конкретно, то, как отмечалось, электронная торговля может быть сопряжена с меньшей вероятностью осуществления обмена сообщениями, содержащего (или указывающего на) арбитражное соглашение. Компьютеризованные связи между поставщиками и покупателями, которые используются во все больших масштабах, могут привести к автоматическому направлению заказов на поставку (например тогда, когда объем товарных запасов уменьшается ниже определенного уровня). Если такие заказы на поставку рассматриваются как "отзывные" договоры, которые входят в сферу действия основного соглашения, то никаких проблем не возникнет, поскольку арбитражное соглашение, применимое ко всем договорам, необходимо будет заключать во время заключения основного соглашения, которое будет считаться исполненным после отгрузки товара или предоставления услуг. Однако если такие индивидуальные заказы на поставку фактически считаются ведущими к заключению ряда отдельных договоров, то может и не иметь места обмен сообщениями в отношении арбитражного соглашения по каждому договору, и при этом вышеуказанные проблемы возникают в связи с любым таким договором. Такие изменения в области электронной торговли могут считаться еще одним аргументом, обуславливающим целесообразность подготовки современных правил, касающихся формы арбитражных соглашений.

IV. РЕЗЮМЕ И ЗАКЛЮЧЕНИЕ

41. Настоящий документ был подготовлен для содействия обсуждению в Рабочей группе будущих согласованных решений в отношении согласительной процедуры, обеспечительных мер и письменной формы арбитражных соглашений в соответствии с решением Комиссии (см. документ A/CN.9/WG.II/WP.108, пункт 9). На основе соображений и решений Рабочей группы Секретариат подготовит первые проекты единообразных положений, если необходимо, с комментариями, для рассмотрения на тридцать третьей сессии Рабочей группы, которая, при условии одобрения Комиссией, будет проведена во второй половине 2000 года.

42. Кроме обсуждения тем, рассматриваемых в настоящем документе, Рабочая группа, возможно, пожелает при наличии времени провести обмен мнениями и информацией по другим темам, касающимся арбитража, которые были определены Комиссией как возможные направления будущей работы. Эти темы изложены в документе A/CN.9/WG.II/WP.108, пункт 6, а также в пункте 339 доклада Комиссии о работе ее тридцать второй сессии (документ A/54/17). В связи с этими темами Комиссия оставила на усмотрение Рабочей группы принятие решения относительно сроков и порядка их рассмотрения.

* * *