



Генеральная Ассамблея

Distr.: GENERAL

A/CN.9/460
6 April 1999

RUSSIAN
ORIGINAL: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Тридцать вторая сессия

Вена, 17 мая - 4 июня 1999 года

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

Возможная будущая работа в области международного коммерческого арбитража

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Страница</i>
ВВЕДЕНИЕ.....	2
I. РЕЗЮМЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ.....	2
II. ВОЗМОЖНЫЕ ТЕМЫ ДЛЯ РАССМОТРЕНИЯ КОМИССИЕЙ.....	3
A. Согласительная процедура.....	3
B. Требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения.....	6
C. Применимость арбитража.....	9
D. Иммунитет суверена.....	10
E. Объединение дел в третейских судах.....	14
F. Конфиденциальность информации при арбитражном разбирательстве.....	16
G. Выдвижение требований в целях зачета.....	18
H. Решения третейских судов "сокращенного состава".....	20
I. Ответственность арбитров.....	22
J. Полномочия третейского суда по присуждению процентов.....	24
K. Расходы на арбитражное разбирательство.....	25
L. Возможность приведения в исполнение обеспечительных мер.....	26
M. Дискреционное право на приведение в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно вынесено.....	29

ВВЕДЕНИЕ

1. В ходе своей тридцать первой сессии Комиссия провела 10 июня 1998 года специальное торжественное заседание, посвященное Дню Нью-Йоркской конвенции, в ознаменование сороковой годовщины Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года). Помимо представителей государств — членов Комиссии и наблюдателей в этом мероприятии принимали участие около 300 приглашенных. Со вступительным словом обратился Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций. Кроме выступлений бывших участников дипломатической конференции, на которой была принята Конвенция, на заседании были заслушаны доклады ведущих экспертов в области арбитража, в которых рассматривались вопросы пропаганды Конвенции, ее вступления в силу и применения. Некоторые доклады касались проблем, выходящих за рамки самой Конвенции, в частности взаимосвязи между Конвенцией и другими международно-правовыми текстами по международному коммерческому арбитражу, а также реальных трудностей, с которыми пришлось столкнуться на практике, но которые не нашли отражения в действующих законодательных или незаконодательных текстах об арбитраже¹.

2. В докладах, представленных на этой торжественной конференции, были выдвинуты различные предложения, цель которых заключалась в информировании Комиссии о некоторых возникших на практике проблемах, с тем чтобы она могла рассмотреть вопрос о желательности и целесообразности проведения Комиссией по ним какой-либо работы.

3. С учетом обсуждений в ходе торжественного заседания, посвященного Дню Нью-Йоркской конвенции, Комиссия сочла, что было бы полезно провести рассмотрение возможной будущей работы в области арбитража на ее тридцать второй сессии в 1999 году. Она обратилась к Секретариату с просьбой подготовить для текущей сессии записку, которая будет использована в качестве основы для обсуждения Комиссией этого вопроса. Комиссия отметила, что при подготовке такой записки можно принять во внимание обсуждения в ходе торжественного заседания, посвященного Дню Нью-Йоркской конвенции, а также в ходе других международных конференций практиков, работающих в области арбитража (например, Конгресса Международного совета по торговому арбитражу, Париж, 3—6 мая 1998 года)². Настоящая записка подготовлена в ответ на эту просьбу.

I. РЕЗЮМЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ

4. В настоящем документе кратко освещаются некоторые вопросы и проблемы, возникающие в арбитражной практике, с тем чтобы способствовать обсуждению в Комиссии вопроса о том, пожелает ли она включить какие-либо из этих проблем в свою программу работы. К числу рассматриваемых вопросов относятся некоторые аспекты согласительной процедуры; законодательное требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения; применимость арбитража; иммунитет суверена; объединение нескольких дел в одно арбитражное разбирательство; конфиденциальность информации при арбитражном разбирательстве; выдвижение требований в целях зачета при арбитражном разбирательстве; решения третейских судов "сокращенного состава"; ответственность арбитров; полномочия третейского суда по присуждению процентов; расходы на арбитражное разбирательство; возможность приведения в исполнение обеспечительных мер, а также дискреционное право на приведение в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно было вынесено. На сессии Комиссии могут быть подняты любые другие вопросы, относящиеся к арбитражному праву, для их возможного рассмотрения Комиссией.

¹United Nations publication: Proceedings of the New York Convention Day Colloquium, "Enforcing arbitration awards under the New York Convention: experience and prospects", May, 1999, ISBN 92-1-133609-0.

²Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать первой сессии (1998 год), Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, Пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17, документ A/53/17, пункт 235.

5. Комиссия может пожелать рассмотреть вопрос о целесообразности подготовки единообразных положений по любым из этих вопросов, возможно, с указанием на то, следует ли проводить дальнейшую работу в направлении разработки законодательного текста (такого как типовое законодательное положение или международный договор) или незаконодательного текста (такого как типовая договорная норма). Даже если в результате не будет выработано никаких единообразных решений, углубленное обсуждение вопроса делегатами от всех основных правовых, социальных и экономических систем, представленных в Комиссии или ее Рабочей группе, было бы весьма полезным, поскольку те, кто прибегает к услугам арбитража во всем мире, могли бы получить важную информацию о проблемах, с которыми приходится сталкиваться на практике, и о возможных решениях таких проблем.

6. При рассмотрении своей будущей работы в этой области Комиссия, возможно, пожелает отметить тот факт, что Рабочая группа по международной юридической и коммерческой практике Европейской экономической комиссии (ЕЭК) обсуждает различные вопросы, относящиеся к Конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 год), в том числе о ее возможном пересмотре. Хотя еще не принято решения о том, следует ли пересматривать Конвенцию, или о возможной направленности такого пересмотра, одной из предварительно обсуждаемых идей является возможность такого пересмотра, который сделает Конвенцию более полезной для подписавших ее участников и тех, кто может к ней присоединиться. В свете возможного всеобщего интереса к дискуссиям в рамках Рабочей группы ЕЭК, а также взаимосвязи между этими обсуждениями и любой будущей работой в области арбитража, к которой может приступить Комиссия, она, возможно, пожелает просить Секретариат внимательно следить за ходом обсуждений в Рабочей группе ЕЭК и представить Комиссии или ее Рабочей группе доклад об этих обсуждениях.

7. Если Комиссия решит включить в свою программу работы любые вопросы, упомянутые в настоящем документе, или любой вопрос, поднятый на сессии Комиссии, она, возможно, пожелает просить Секретариат провести в сотрудничестве с соответствующими международными организациями исследования и подготовить первые предварительные предложения для рассмотрения Комиссией или одной из ее рабочих групп.

II. ВОЗМОЖНЫЕ ТЕМЫ ДЛЯ РАССМОТРЕНИЯ КОМИССИЕЙ

A. Согласительная процедура

8. Термин "согласительная процедура" применяется в настоящем документе в отношении процедуры, в ходе которой независимое и беспристрастное лицо помогает сторонам в споре достичь соглашения. Согласительная процедура отличается от переговоров между сторонами (которые обычно проходят после возникновения спора) тем, что она проводится третьим независимым и беспристрастным лицом, тогда как в переговорах между сторонами по урегулированию спора не участвует никакое такое третье независимое и беспристрастное лицо. Различие между согласительной процедурой и арбитражем заключается в том, что согласительная процедура является полностью добровольной и обе стороны участвуют в ней только в той степени и до тех пор, как они договорились об этом. Таким образом, согласительная процедура заканчивается либо урегулированием спора, либо неудачей, тогда как третейский суд, если не достигнуто урегулирования, выносит обязательное для сторон решение.

9. Согласительная процедура в вышеуказанном смысле предусмотрена и регулируется в ряде регламентов арбитражных учреждений, а также в Согласительном регламенте ЮНСИТРАЛ (1980 год). Этот Регламент широко применяется и служит моделью для многих других согласительных регламентов. На практике такую согласительную процедуру называют по-разному, в том числе "посредничеством".

10. Согласительная процедура все чаще применяется на практике в различных странах мира, в том числе в регионах, где еще несколько лет назад она обычно не использовалась. Эта тенденция нашла отражение, помимо прочего, в создании ряда частных и публичных органов, предлагающих

посреднические услуги заинтересованным сторонам. Данная тенденция наряду с растущим стремлением в различных регионах мира распространить согласительную процедуру как метод урегулирования споров привели к дискуссиям, выявившим потребность в согласовании на международном уровне юридических решений, которые направлены на дальнейшее развитие согласительной процедуры. Ниже резюмируются идеи, возникшие в ходе таких дискуссий.

1. Допустимость некоторых доказательств в последующем судебном или арбитражном разбирательстве

11. В ходе согласительной процедуры стороны обычно выдвигают предложения и высказывают мнения относительно возможного урегулирования спора, делают признания или выражают желание достичь соглашения. Если, несмотря на такие усилия, согласительная процедура не приводит к урегулированию и стороны возбуждают судебное или арбитражное разбирательство, эти мнения, предложения, признания или выражения желания достичь соглашения могут быть использованы в ущерб высказавшей их стороне. Вероятность этого может помешать сторонам предпринимать активные попытки достичь урегулирования в ходе согласительной процедуры, что может значительно снизить ее эффективность.

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

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

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

13. Если стороны не используют какого-либо согласительного регламента или пользуются регламентом, который не содержит положения, аналогичного предусмотренному в статье 20 Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, то во многих правовых системах стороны могут столкнуться с проблемой, отмеченной выше. Даже если стороны согласились с положением, аналогичным содержащемуся в статье 20, нет уверенности в том, что соглашение относительно доказательств будет иметь полную силу. Чтобы помочь сторонам в такой ситуации, в некоторых правовых системах приняты законы, не позволяющие использовать в последующем судебном или арбитражном разбирательстве определенные доказательства, относящиеся к предшествующей согласительной процедуре.

2. Роль посредника в других разбирательствах по спорам

14. Сторона может не выражать активного стремления к урегулированию в ходе согласительной процедуры, если ей приходится учитывать возможность того, что в случае неудачного исхода согласительной процедуры посредник может быть назначен в качестве адвоката другой стороны или арбитра. Ознакомление посредника с некоторыми фактами в ходе согласительной процедуры (например, с предложениями по урегулированию или признаниями) может быть использовано в ущерб сделавшей их стороне. По этой причине в Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ включена статья 19, которая гласит следующее:

"Стороны и посредник обязуются, что посредник не будет выступать в качестве арбитра или в качестве представителя или адвоката какой-либо из сторон в любом арбитражном или судебном разбирательстве в отношении спора, являющегося предметом согласительной процедуры. Стороны

обязуются также, что они не будут привлекать посредника в качестве свидетеля в ходе такого разбирательства".

15. Некоторые страны включили аналогичные положения в свое законодательство. Однако в некоторых случаях предварительная осведомленность арбитра может рассматриваться сторонами как преимущество (в частности, поскольку она позволяет арбитру вести дело более эффективно); в таких случаях стороны могут предпочесть, чтобы посредник был назначен в качестве арбитра в последующем арбитражном разбирательстве. Во избежание любых возражений, основанных в таких случаях на утверждении о предубежденности, некоторые страны приняли законы, которые прямо разрешают посреднику, при условии согласия сторон, выступать в качестве арбитра.

3. Возможность приведения в исполнение соглашений об урегулировании

16. Одним из основных потенциальных недостатков согласительной процедуры является вероятность того, что время и деньги будут потрачены на согласительную процедуру напрасно, если стороны не достигнут урегулирования. Нередко утверждается, что согласительная процедура стала бы намного привлекательнее, если бы достигнутое в ходе такой процедуры урегулирование могло быть исполнено в принудительном порядке, с тем чтобы сторона соглашения об урегулировании не была вынуждена возбуждать судебные процедуры для исполнения достигнутых договоренностей. Следует признать, что получение в ходе судебного разбирательства правооснования для приведения соглашения в исполнение будет, скорее всего, менее затянутым, если иск основан на соглашении об урегулировании, чем в случае, когда такого соглашения не существует. Несмотря на это, перспектива судебного разбирательства для исполнения достигнутых договоренностей делает согласительные процедуры менее привлекательными.

17. Возможным способом получения сторонами, достигшими соглашения об урегулировании, правооснования для приведения в исполнение достигнутой договоренности, могло бы стать назначение посредника в качестве арбитра и сведение арбитражного разбирательства к тому, что оно фиксирует урегулирование в форме арбитражного решения на согласованных условиях (как предусмотрено, например, в статье 34(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (1976 год)). Однако в ряде правовых систем такой подход может столкнуться с препятствием, когда в случае уже достигнутого урегулирования и, как результат, разрешения спора уже невозможно возбудить арбитражное разбирательство.

18. В свете вышеизложенного некоторые страны приняли законы, которые предусматривают возможность приведения в исполнение соглашений об урегулировании, достигнутых в ходе согласительной процедуры. В таких законах предусматривается, например, что письменное соглашение об урегулировании следует, в целях его приведения в исполнение, рассматривать как арбитражное решение и в таком качестве приводить в исполнение. Другим возможным законодательным решением может быть прямое разрешение сторонам соглашения об урегулировании, несмотря на прекращение спора, возбудить арбитражное разбирательство и получить от арбитра (который может быть бывшим посредником) арбитражное решение на согласованных условиях.

4. Заключение

19. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли полезным для нее — с точки зрения поощрения и распространения согласительной процедуры — рассмотреть вопрос о разработке согласованных типовых законодательных положений, регулирующих такие вопросы, как допустимость доказательств, представленных в ходе согласительной процедуры, в последующем арбитражном или судебном разбирательстве; роль, которую мог бы играть посредник в последующем арбитражном разбирательстве; и условия, на которых достигнутое в ходе согласительной процедуры урегулирование можно рассматривать как правооснование для приведения в исполнение.

В. Требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения

20. Статья II(2) Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений гласит следующее:

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

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

“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”.

21. Проблемы, возникающие в связи с требованием о составлении арбитражных соглашений в письменной форме, часто описываются как сложные и неразрешимые. Именно на стадии признания или отказа от действующего соглашения об арбитраже до сих пор наблюдаются конфликты между судами и арбитражем. Кроме того, высказывается мнение, что для более эффективного действия Конвенции прежде всего необходимо выработать согласованное толкование статьи II(2) Конвенции. Однако перед рассмотрением этого вопроса в настоящей записке в первую очередь будут обсуждены проблема необходимости составления арбитражного соглашения “в письменной форме” и совместимость этого требования со все более широким использованием электронной торговли.

1. Арбитражное соглашение “в письменной форме” и электронная торговля

22. Вопрос о том, является ли электронная торговля приемлемым средством для заключения арбитражного соглашения, имеющего юридическую силу, не должен вызывать больше проблем, чем те, которые возникли в связи со все более широким применением телекса и телефакса или факсимильного оборудования. Приведенная выше статья 7(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ прямо предусматривает юридическую действительность использования любых средств электросвязи, “обеспечивающих фиксацию такого соглашения”, и эта формулировка охватывает большинство распространенных средств электронной почты или электронного обмена данными (ЭДИ).

23. В том что касается Нью-Йоркской конвенции, общепризнано, что формулировка в статье II(2) - “содержащееся в обмене письмами или телеграммами” — должна широко толковаться как включающая другие средства связи, в частности телекс (к которому в наши дни можно прибавить и телефакс). Такое же телеологическое толкование³ можно распространить и на электронную торговлю. Подобное расширенное толкование соответствовало бы решению, принятому Комиссией при утверждении в 1996 году Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и Руководства по его принятию⁴. Однако

³Например, 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.

⁴Руководство по принятию (составленное с учетом Нью-Йоркской конвенции и других международных документов) предусматривает, что “Типовой закон [об электронной торговле] в ряде случаев может быть полезным в качестве

может потребоваться дальнейшее изучение этого вопроса с целью определения того, получит ли широкую международную поддержку толкование статьи II(2) Нью-Йоркской конвенции путем ссылки на Типовой закон ЮНСИТРАЛ об арбитраже либо на Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и следует ли Комиссии рекомендовать такое толкование в качестве эффективного решения этого вопроса и более общих проблем, относящихся к требованиям в отношении формы⁵.

2. "Обмен письмами или телеграммами" как требование в отношении формы

24. Проблемы возникают в результате сочетания вопроса о форме и вопроса о способе составления арбитражного соглашения (то есть его формирования), который описывается с помощью формулировки "обмен письмами или телеграммами", содержащейся как в Конвенции, так и в Типовом законе. Эта формулировка допускает излишне буквальное толкование в смысле взаимного обмена письменными сообщениями. В принципе, молчаливое согласие, равно как и устное соглашение, будут являться недостаточными.

25. К числу фактических ситуаций, в связи с которыми в рамках Конвенции возникли серьезные проблемы и которые требуют как минимум весьма широкого телеологического толкования Типового закона, относятся следующие: молчаливое или устное согласие с письменным заказом на поставку или письменным подтверждением продажи; устно заключенный договор со ссылкой на общие условия в письменном виде (например, устная ссылка на форму компенсации за спасение имущества); или некоторые уведомления со стороны брокеров, коносаменты и другие инструменты или контракты, по которым передаются права или обязательства не подписавшимся третьим сторонам (то есть третьим сторонам, которые не являются сторонами первоначального соглашения). В качестве примера такой передачи прав и обязанностей третьим сторонам можно привести следующее: общая передача активов (правопреемство, слияние, разъединение и приобретение компаний); передача конкретных активов (уступка контракта либо уступка дебиторской или кредиторской задолженности, новация, суброгация, оговорка в пользу третьей стороны (*stipulation pour autrui*)); либо, в случае множественности сторон или группы контрактов или группы компаний, подразумеваемое распространение арбитражного соглашения на лиц, которые не являются его прямыми сторонами⁶.

26. В таких ситуациях суды выносят весьма различные решения, зачастую отражающие их общее отношение к арбитражу. В подавляющем большинстве случаев судам удавалось заставить стороны придерживаться заключенного ими соглашения. Однако в соответствии с действующим прецедентным правом отмечалось, в частности, что арбитражная оговорка в подтверждении продажи или покупки будет выполнять требование статьи II(2) Конвенции в отношении письменной формы только в тех случаях, когда: а) подтверждение подписано обеими сторонами; или б) возвращен дубликат, подписанный или нет; или, возможно, с) подтверждение впоследствии акцептуется посредством другого составленного в

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 5).

⁵Этот вопрос поднимает более общие проблемы относительно совместимости электронной торговли с правовым режимом, установленным рядом международных конвенций, которые содержат обязательные требования в отношении использования документов в письменной форме. Перечень таких конвенций и договоров был подготовлен Европейской экономической комиссией Организации Объединенных Наций (Trade/R.1096/Rev.1) вместе с рекомендацией ЮНСИТРАЛ о проведении возможной работы по поиску решений этих проблем.

⁶J.-L. Delvolvé, "Third parties and the arbitration agreement", в: *Proceedings of the New York Convention Day Colloquium*, supra note 1.

письменной форме сообщения, направленного стороной, которая получила подтверждение, в адрес отправившей его стороны. Подобные условия уже не согласуются с международной торговой практикой.

27. Различные способы решения вышеупомянутых проблем могут быть предусмотрены на законодательном уровне. Одним из возможных решений, в отношении которого Комиссия, возможно, пожелает запросить проведение дальнейших исследований, является использование Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже как инструмента толкования Нью-Йоркской конвенции. Такое решение может потребовать внесения поправок и дополнений в действующую редакцию Типового закона; в случае внесения поправок можно рассмотреть ряд альтернативных подходов.

28. Одним из возможных подходов, который согласуется с новейшей законодательной практикой ряда стран, является включение перечня документов или фактических ситуаций, при которых арбитражные соглашения будут считаться юридически действительными, несмотря на отсутствие обмена документами. В такой перечень можно было бы включить, например, использование коносаментов или других документов и ситуации, перечисленные выше.

29. Более общее решение могло бы заключаться в признании юридической силы арбитражных соглашений, заключенных при отсутствии обмена документами, если применимое право не предусматривает каких-либо требований в отношении формы основного контракта. Можно рассмотреть формулировки, аналогичные предложению, выдвинутому во время разработки статьи 7(2) Типового закона, а именно: "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"⁷. Это предложение было отклонено, "поскольку оно влечет за собой сложные проблемы толкования"⁸. Однако в поддержку такого подхода в нескольких случаях, в том числе на конференции в честь Дня Нью-Йоркской конвенции в 1998 году, предлагалось внести поправку в статью 7(2), с тем чтобы расширить определение понятия "в письменной форме" (например, чтобы оно охватывало ситуации, когда стороны заключают договор на основе содержащих арбитражную оговорку стандартных условий одной стороны, которые не подписаны другой стороной, и при отсутствии обмена документами, который поставил бы арбитражную оговорку в рамки определения "в письменной форме")⁹. На это можно возразить, что по каким-то определенным причинам сторона может пожелать отказаться от конкретного положения, особенно от такой важной оговорки, как отказ от права обращаться в суд. Однако это возражение можно было бы в достаточной степени учесть, предоставив возможность такой стороне возразить против арбитражной оговорки. Для выработки подходящего для универсального применения правила требуется дальнейшее обсуждение и изучение предложений, выдвинутых во время подготовки Типового закона, и особенно различных решений, выработанных в недавно принятых национальных законах.

30. Наиболее радикальным решением может стать внесение поправок в Типовой закон с целью предоставления полной свободы в отношении формы арбитражного соглашения. В рамках такой свободы можно было бы даже придать юридическую силу устным арбитражным соглашениям. Однако на это можно возразить, что разрешение устных соглашений приведет к неопределенности и судебным спорам.

31. Решение о возможном внесении поправок в Типовой закон в качестве инструмента толкования статьи II(2) Нью-Йоркской конвенции (без внесения поправок или пересмотра этой Конвенции) может не обеспечить достаточного уровня определенности и единообразия, особенно в отношении устных

⁷Документ A/CN.9/WG.II/WP.37 (1982 год), проект статьи 3.

⁸Документ A/CN.9/232 (1982 год), пункт 45.

⁹N. Kaplan, "New developments on written form", в: Proceedings of the New York Convention Day Colloquium, *supra* note 1.

соглашений, которые суды в ряде стран, по всей вероятности, будут признавать неохотно. Вторым решением могло бы стать использование положения статьи VII Конвенции в отношении применения наиболее благоприятного законодательства. Такое решение возможно лишь в том случае, если статья II(2) более не будет толковаться как единообразная норма, устанавливающая минимальное требование в отношении соблюдения письменной формы, а как устанавливающая максимальное требование в отношении формы. Если толковать статью II(2) как устанавливающую единообразную норму, ссылка на статью VII в целях смягчения требования в отношении формы будет возможна, только если национальным законодательством предусматривается полный механизм приведения в исполнение, так как Конвенция становится неприменимой *in toto*¹⁰. В таком случае, возможно, потребуется внести дополнения в Типовой закон в виде положений, прямо регулирующих вопросы признания и приведения в исполнение арбитражных решений, принятых на основе соглашений, соответствующих более либеральным требованиям в отношении формы. Это решение, возможно, потребует рассмотреть в более широком контексте возможной главы о приведении в исполнение. Комиссия может счесть целесообразным дальнейшее изучение двух возможных толкований статьи II(2).

С. Применимость арбитража

32. В некоторых государствах коммерческие вопросы, решение которых сохраняется за судами, регулируются только прецедентным правом, тогда как в других государствах они регулируются различными законодательными актами, например антитрестовским законодательством или законодательством о нечестной конкуренции, законами о ценных бумагах, интеллектуальной собственности, трудовых отношениях или компаниях. Различные государства включили в свое арбитражное законодательство общее положение, которое выходит за рамки традиционной формулировки применимости арбитража к спорам, которые "стороны могут решить путем компромисса или урегулировать", и распространяется, в частности, на "любые требования, затрагивающие экономические интересы". Неопределенность в отношении того, какие споры подлежат урегулированию в арбитраже, а также различия в определениях таких споров могут вызвать на практике значительные трудности.

33. Одним из возможных подходов к этой проблеме может стать попытка достигнуть всеобщего согласия в отношении перечня дел, не подлежащих рассмотрению в арбитраже. Если это не представляется целесообразным, можно рассмотреть вопрос о желательности достижения согласия относительно единообразного положения, предусматривающего три-четыре вида дел, которые в целом будут считаться не подсудными арбитражу, а затем призвать государства перечислить вслед за этим списком любые другие дела, которые данное государство считает не подлежащими рассмотрению в арбитраже. Такой подход с точки зрения направленной информации, используемый в статье 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, создаст определенность и облегчит доступ к информации в отношении таких ограничений.

34. В поисках наилучшего решения, которое было бы действенным во всем мире и обеспечило желаемую степень определенности и транспарентности, возникает известная дилемма. Чем более общей является формулировка, тем выше потенциальный риск различных толкований в судах разных государств; чем подробнее перечень дел, тем выше риск неприятия его государствами, а в той мере, в какой он будет принят, возрастает риск жесткой фиксации, что помешает дальнейшему развитию в направлении ограничения сферы неприменимости арбитража. Тем не менее рассмотренная попытка представляется желательной, поскольку результат всеобщего обсуждения сам по себе поможет прояснению проблемы и будет полезен.

¹⁰A.J. van den Berg, "The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas", в: (1996) Association suisse de l'arbitrage, Special Series No. 9, pp. 25-45, at p. 44.

D. Иммунитет суверена

35. Когда частная сторона возбуждает арбитражное разбирательство против государства, она рискует тем, что государство может уклониться от участия в разбирательстве на основании иммунитета суверена. Или же частная сторона может попытаться добиться признания и приведения в исполнение арбитражного решения, вынесенного против государства, и на этой стадии столкнуться со ссылкой на иммунитет суверена. Поскольку арбитражное разбирательство возникает из соглашения, вопрос, который следует решить, заключается в том, может ли государство ссылаться на иммунитет суверена, если оно уже заключило соглашение об арбитраже с другой стороной.

1. Иммунитет суверена в арбитражном разбирательстве

a) Международное право

36. Обзор различных международных документов, а также национального законодательства во многих государствах показывает, что государство может заключить обязательное для сторон арбитражное соглашение или что согласие государства на рассмотрение в арбитраже международных торговых споров подразумевает его отказ от иммунитета суверена.

37. Ряд международных и региональных документов содержат положение о том, что государства обязаны признавать соглашения о разрешении споров в арбитраже. Например, Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 год) предусматривает, что в вопросах, к которым применима Конвенция, “юридические лица, которые по применимому к ним национальному закону рассматриваются как “юридические лица публичного права”, будут иметь возможность заключать арбитражные соглашения” (статья II(1)).

38. Другим таким документом является Европейская конвенция об иммунитете государств, статья 12(1) которой гласит следующее:

“Если Договаривающееся Государство согласилось в письменной форме передать на рассмотрение арбитража спор, который возник или может возникнуть по гражданским или торговым вопросам, это Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого Договаривающегося Государства, на территории или в соответствии с законодательством которого состоялся или состоится арбитраж, в любом разбирательстве в отношении:

- a) действительности или толкования арбитражного соглашения,
- b) арбитражной процедуры,
- c) отмены арбитражного решения, если иное не предусмотрено в арбитражном соглашении”¹¹.

39. Аналогичные положения содержатся в проекте статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, принятых Комиссией международного права в 1991 году¹², а также в проекте конвенции об иммунитете государств, подготовленном Ассоциацией международного права¹³.

¹¹Совет Европы, Европейская конвенция об иммунитете государств и Дополнительный протокол, Базель, 16 мая 1972 года.

¹²Доклад Комиссии международного права о работе ее сорок третьей сессии (1991 год), Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок шестая сессия, Дополнение № 10, документ A/46/10. Статья 17 гласит следующее:

“Если государство заключает письменное соглашение с иностранным физическим или юридическим лицом об арбитраже по спорам, касающимся коммерческой сделки, оно не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся:

- a) действительности или толкования арбитражного соглашения;
- b) арбитражной процедуры; или
- c) отмены арбитражного решения;

40. Можно также отметить, что в 1976 году Афро-азиатский консультативно-правовой комитет (ААКПК) предложил ЮНСИТРАЛ рассмотреть вопрос о разработке протокола к Нью-Йоркской конвенции, в котором разъяснилось бы, помимо прочего, что "если государственное учреждение является стороной торговой сделки, по условиям которой оно заключило арбитражное соглашение, то оно не должно ссылаться на государственный иммунитет в отношении арбитражного разбирательства, проводимого на основании этого соглашения"¹⁴.

b) Национальное законодательство

41. Первые попытки национальных законодателей кодифицировать нормы об иммунитете суверена были предприняты в 70-х годах, и с тех пор несколько государств приняли законодательство об иммунитете иностранного суверена. Некоторые из этих законов содержат положения, аналогичные предусмотренным в упомянутых выше международных документах. В других государствах тот же результат достигается за счет положений о том, что правительство иностранного государства пользуется иммунитетом от судов принявшего такой закон государства, за отдельными исключениями, одним из которых является заключение правительством иностранного государства арбитражного соглашения. Были также введены законодательные нормы, предусматривающие, что, если стороной арбитражного соглашения является государство, оно не может ссылаться на свое собственное законодательство, чтобы оспорить свою возможность быть стороной в арбитражном разбирательстве или применимость арбитража к спору, на который распространяется арбитражное соглашение. В других же государствах нормы об иммунитете суверена были выработаны через прецедентное право.

2. Иммунитет суверена при приведении в исполнение арбитражных решений

a) Международное право

42. Выиграв дело в арбитраже против государства, истец может в своих попытках добиться приведения в исполнение арбитражного решения столкнуться со ссылкой на иммунитет суверена со стороны этого государства.

43. Что касается Нью-Йоркской конвенции, где предусматривается общее обязательство признавать в качестве обязательных к исполнению иностранные арбитражные решения, некоторые эксперты придерживаются той точки зрения, что текст и подготовительные материалы говорят в поддержку позиции, согласно которой государство, согласившееся на передачу спора в арбитраж, обязано соблюдать вынесенное арбитражное решение и не может ссылаться на иммунитет.

44. В Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 1965 год) особо оговаривается иммунитет суверена, несмотря на требование к государствам признавать в качестве обязательных и приводить в

если в арбитражном соглашении не предусмотрено иное".

¹³Опубликован в: (1983) 22 International Legal Materials 287. Статья III гласит следующее:

"2. Подразумеваемый отказ от прав может быть совершен, в том числе:

b) посредством письменного согласия передать спор, который уже возник или может возникнуть, на арбитраж в государстве разбирательства или в ряде государств, в которые может входить государство разбирательства. В таком случае иностранное государство не имеет иммунитета от рассмотрения дела в арбитраже государства разбирательства в отношении:

i) состава или назначения третейского суда, или
ii) действительности или толкования арбитражного соглашения или арбитражного решения, или
iii) арбитражной процедуры, или
iv) отмены арбитражного решения".

¹⁴Документ A/CN.9/127, Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том VIII: 1977 год, часть вторая, III, приложение, пункт 3(c).

исполнение арбитражные решения, вынесенные согласно этой Конвенции. Статья 54(1) этой Конвенции гласит следующее:

“1) Каждое Договаривающееся Государство будет признавать арбитражное решение, вынесенное согласно настоящей Конвенции, в качестве обязательного и будет приводить в исполнение любое денежное обязательство, установленное таким решением, в пределах своей территории, как если бы это было окончательное решение суда данного государства...”.

Однако статья 55 гласит следующее:

“Ничто, содержащееся в статье 54, не должно толковаться как отступление от правоположений, действующих в любом Договаривающемся Государстве в отношении иммунитета этого Государства или любого иностранного государства от принудительного исполнения”.

45. Согласно некоторым точкам зрения, если общепризнанным является принцип, в соответствии с которым иностранное государство, заключив арбитражное соглашение, отказывается от права ссылаться на иммунитет суверена, то из этого следует, что такой отказ распространяется также и на приведение в исполнение арбитражного решения. Отмечается, что в противном случае нет смысла в применении принципа отказа от иммунитета для целей возбуждения арбитражного разбирательства, если государство, против которого вынесено решение, может впоследствии уклониться от процедуры приведения его в исполнение, вновь ссылаясь на иммунитет суверена. Противоположная точка зрения состоит в том, что отказ иностранного государства от исполнения арбитражного решения является отдельным актом со стороны государства, так что можно или повторно, или впервые сослаться на иммунитет суверена в качестве возражения против процедуры приведения в исполнение.

46. В большинстве национальных правовых систем проводится различие между отказом от иммунитета от юрисдикции и отказом от иммунитета от исполнения. Следовательно, в некоторых случаях согласие государства на передачу дела в арбитраж не может служить достаточным основанием, чтобы подразумевать согласие на юрисдикцию суда в государстве, где возбуждается дело о приведении арбитражного решения в исполнение, а также согласие на исполнение. Требование относительно прямо выраженного согласия изложено в статьях 7 и 18(2) проекта статей Комиссии международного права о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Из положений этого проекта явствует, что отказ от иммунитета суверена будет рассматриваться как состоявшийся, если государство дало свое согласие на юрисдикцию и на исполнение¹⁵.

47. Другим основанием для исключения возможности возражения против процедуры приведения в исполнение путем ссылки на иммунитет суверена является ситуация, когда собственность, в отношении которой испрашивается наложение ареста в результате исполнения, является имуществом, используемым в коммерческой деятельности иностранного государства. Это исключение отражено в приведенных ниже

¹⁵Проект статьи 7 гласит следующее:

"1. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства в отношении какого-либо вопроса или дела, если оно ясно выразило согласие на осуществление этим судом юрисдикции в отношении такого вопроса или дела в силу:

- a) международного соглашения;
- b) письменного контракта; или
- c) заявления в суде или письменного сообщения в рамках конкретного разбирательства.

2. Согласие государства, касающееся применения законодательства другого государства, не должно пониматься как согласие на осуществление юрисдикции судами этого другого государства".

Проект статьи 18(2) гласит следующее:

"2. Согласие на осуществление юрисдикции в соответствии со статьей 7 не должно рассматриваться как согласие на принятие принудительных мер в соответствии с пунктом 1, для чего необходимо отдельное согласие".

положениях статьи 18(1) проекта статей Комиссии международного права¹⁶. В проекте статей также перечислены некоторые категории имущества, освобождаемые от наложения ареста¹⁷.

Статья 18(1)

“1. Никакие принудительные меры, такие как обращение взыскания, арест и исполнение решения, против собственности государства не могут быть приняты в связи с разбирательством в суде другого государства, за исключением случаев, когда и в той мере, в какой:

- a) государство дало свое ясно выраженное согласие на принятие таких мер, как указано:
 - i) в международном соглашении;
 - ii) в арбитражном соглашении или в письменном контракте; или
 - iii) в заявлении в суде или в письменном сообщении после возникновения спора между сторонами;
- b) государство зарезервировало или обозначило собственность для удовлетворения иска, являющегося объектом этого разбирательства; или
- c) собственность непосредственно используется или предназначена для использования государством в иных целях, чем государственные некоммерческие цели, и находится на территории государства суда и имеет связь с иском, являющимся объектом разбирательства, или с учреждением или институцией, против которых направлено разбирательство”.

b) Национальное законодательство

48. Лишь немногие государства приняли специальные положения о принудительном исполнении арбитражных решений. Например, в одном из законов предусматривается, что, если иностранное государство является стороной арбитражного соглашения, это государство не имеет иммунитета от разбирательства по исполнению арбитражного решения, вынесенного в соответствии с арбитражным соглашением. По законодательству другого государства истец не может обратиться взыскание в целях принудительного исполнения арбитражного решения на собственность иностранного государства, если это государство не дало согласия или если эта собственность не используется или не предназначена для использования в коммерческих целях.

49. Как правило, законодательство регулирует вопросы приведения в исполнение судебных решений всех видов, без конкретного указания на арбитражные решения. Обычно закон основывается на одном из двух принципов. Первый, или абсолютный, принцип запрещает наложение ареста на любую собственность иностранного государства без согласия этого государства. Более распространенный и современный подход базируется на ограничительном принципе, который запрещает наложение ареста при меньшем количестве обстоятельств. Однако в его применении могут наблюдаться различные варианты. В некоторых законах "государство" определяется в узком смысле, с исключением государственных торговых организаций или государственных организаций, занимающихся коммерческой деятельностью. Большинство законов также исключают иммунитет, когда государство дало согласие на исполнение решения или наложение ареста, а в ряде законов такое согласие означает как прямо выраженный, так и подразумеваемый отказ от иммунитета. Некоторые государства не допускают

¹⁶Это исключение следует из общего принципа, согласно которому государственная организация, осуществляющая коммерческую деятельность, в отличие от государственной деятельности, не имеет иммунитета от возбуждения дела в суде. Существует несколько международных документов, которые содержат соответствующие положения об этом (например, статья 7(1) Европейской конвенции об иммунитете государств). Это положение является распространенным в национальных законах, и во многих работах по юриспруденции рассматриваются способы разграничения "государственной деятельности" и "коммерческой деятельности".

¹⁷ Категории, освобождаемые от наложения ареста и указанные в статье 19, включают следующее: собственность, используемая или предназначенная для использования в различных дипломатических миссиях государства или в военных целях; собственность центрального банка или аналогичного органа; собственность, которая является частью культурного достояния государства или частью выставки и представляет научный, культурный или исторический интерес.

принудительного исполнения в отношении собственности иностранного государства, расположенной в государстве, в котором испрашивается принудительное исполнение, если только не существует достаточной юрисдикционной увязки. Другие государства требуют наличия связи между собственностью, в отношении которой испрашивается наложение ареста, и иском. Большинство государств исходят из того, что некоторые категории государственной собственности, аналогичные упомянутым выше и изложенным в статье 19 проекта статей Комиссии международного права, должны пользоваться иммунитетом от наложения взыскания.

3. Заключение

50. С учетом того, что вопрос об иммунитете государства по-прежнему находится на рассмотрении Комиссии международного права и что Генеральная Ассамблея решила создать, начиная с 1999 года¹⁸, рабочую группу Шестого комитета для рассмотрения спорных материально-правовых вопросов, относящихся к проекту статей Комиссии международного права, на ее пятьдесят четвертой сессии, Комиссия, возможно, пожелает просить Секретариат следить за этой работой и представить отчет об итогах проведенных обсуждений.

Е. Объединение дел в третейских судах

51. Иногда может оказаться целесообразным объединить в одно арбитражное разбирательство два или более арбитражных дел, основанных на разных арбитражных соглашениях. Для целей настоящего обсуждения рассматриваются только те ситуации, в которых возможно объединение двух или более разбирательств, где объединяемые разбирательства происходят или будут происходить в одном государстве. Хотя в некоторых случаях объединение может быть также целесообразным, когда арбитражные разбирательства происходят в разных государствах, в таких ситуациях возникают дополнительные вопросы международного сотрудничества между национальными судами, что выходит за рамки настоящего обсуждения.

52. Объединение может оказаться целесообразным в различных ситуациях. Чаще всего это происходит, когда из одного и того же ряда фактов возникают несколько арбитражных разбирательств или в разбирательстве участвуют одни и те же стороны. Например, существует арбитражное соглашение между покупателем промышленного предприятия и его генеральным подрядчиком, а между генеральным подрядчиком и его различными субподрядчиками заключены другие арбитражные соглашения, в которых не участвует покупатель. Событие, которое приводит к арбитражному разбирательству между одними сторонами, часто влечет за собой арбитражное разбирательство между другими сторонами. В такой ситуации одна или несколько сторон, возможно, пожелают объединить соответствующие арбитражные разбирательства.

53. Одним из преимуществ объединения является предотвращение принятия несовместимых решений. Когда несколько третейских судов рассматривают вопросы, возникающие из одной и той же совокупности фактов, есть вероятность того, что решения этих судов будут отличаться друг от друга. В вышеприведенном примере, если стороны проводили бы отдельное арбитражное разбирательство в отношении проблемы, связанной со строящимся объектом, можно предположить, что один третейский суд придет к выводу, что генеральный подрядчик не несет ответственности, а другой суд решит, что не отвечает ни один из субподрядчиков. Тем не менее факты могут свидетельствовать о том, что покупатель промышленного предприятия имеет право на взыскание своих убытков по меньшей мере с одной из сторон. Другим возможным преимуществом объединения является эффективность. Если один третейский суд может заслушать все стороны и их свидетелей-экспертов, а также рассмотреть все доказательства, это поможет избежать дублирования, снизить затраты и сэкономить время всех участников.

¹⁸Резолюция 53/98 Генеральной Ассамблеи, Конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (20 января 1999 года).

54. Следует отметить важное отличие между ситуациями, когда стороны договорились о возможности объединения дел либо в арбитражном соглашении, либо иным образом, и ситуациями, когда такой договоренности нет. В случаях, когда стороны уже достигли договоренности, им может потребоваться помощь в ее осуществлении; например, могут быть не оговорены условия объединения, стороны могут не прийти к согласию относительно состава третейского суда или по другим вопросам. Вместе с тем одна или несколько сторон в такой ситуации могут не захотеть, чтобы соответствующие споры рассматривались в объединенном разбирательстве (например, в целях сохранения конфиденциальности или по соображениям процедурной тактики). Таким образом, может оказаться, что в некоторых случаях многочисленные стороны, участвующие в спорах, договариваются, что различные споры следует рассматривать в объединенном разбирательстве, а в других случаях такой договоренности может и не быть.

55. Было выдвинуто предложение ограничить законодательные меры сферой содействия осуществлению договоренностей об объединении дел. Согласно другим точкам зрения, законодательство должно пойти дальше и уполномочить суды выносить приказ об объединении, если, по мнению суда, это является целесообразным, даже при отсутствии договоренности между сторонами.

1. Действующие законодательные решения

56. Обзор законодательства показывает, что право компетентного органа вынести приказ об объединении дел не предусмотрено никакими международными документами, относящимися к международному арбитражу. Во время разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже не было общего согласия в отношении того, что Типовой закон должен регулировать проблемы объединения споров с участием многих сторон. Несмотря на согласие в том, что стороны вправе заключать соглашения об объединении по собственному усмотрению, Рабочая группа придерживалась точки зрения, что не существует реальной необходимости включать положение об объединении в Типовой закон¹⁹.

a) Полномочие на принудительное объединение без согласия сторон

57. В рассмотренных примерах национальных законов, регулирующих вопросы объединения, только в двух случаях законодательство дает право суду вынести приказ об объединении, даже если не все участвующие стороны согласны с объединением дел. В одном из таких государств право на принудительное объединение применяется только к внутренним арбитражным разбирательствам; чтобы это право осуществлялось в отношении международных арбитражных разбирательств, стороны должны прежде всего заключить письменное соглашение о согласии на применение внутреннего режима, который предусматривает положения об объединении по судебному приказу. В другом государстве стороны могут посредством соглашения исключить применение такого положения. После того как все стороны и арбитры получили возможность выразить свое мнение относительно просьбы одной из сторон об объединении, суд может полностью или частично удовлетворить эту просьбу или отклонить ее. Если разбирательство будет объединенным и стороны не могут договориться о выборе третейского суда или о регламенте, эти вопросы решает суд.

b) Полномочие на оказание содействия сторонам при объединении дел на основании договоренности между сторонами

58. Однако самым распространенным подходом в странах, где введены законодательные положения об объединении, является поддержка автономии сторон и оказание содействия сторонам, уже договорившимся об объединении их разбирательств. Большинство законов требуют, чтобы такая договоренность была прямо закреплена либо в арбитражном соглашении, либо иным образом или чтобы ходатайство об объединении было подано с согласия всех сторон.

¹⁹ Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее третьей сессии (1982 год), документ A/CN.9/216, пункт 37 (Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том VIII: 1982 год, часть вторая, III, А, пункт 37).

59. В соответствии с большинством рассмотренных законов ходатайство об объединении дел должно быть подано в суд. В некоторых правовых системах ходатайство об объединении может быть подано в соответствующий третейский суд или третейские суды. Эти третейские суды могут совещаться друг с другом для вынесения согласованных приказов об объединении. Если приказ об объединении не выносится или если соответствующие третейские суды выносят несогласованные предварительные приказы, любая сторона может обратиться в суд, который вынесет решение об объединении дел.

60. Большинство рассмотренных законов предусматривают, что приказ об объединении дел может быть вынесен, если существует общий вопрос права или факта; что права, указанные в содержании исковых требований, должны возникать из одной и той же сделки; или что объединение является желательным по какой-либо иной причине.

2. Заключение

61. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли объединение арбитражных разбирательств той областью, которая заслуживает дальнейшего изучения с целью возможной разработки типовых законодательных положений. В случае положительного ответа на этот вопрос к Секретариату можно обратиться с просьбой изучить, в частности, практический опыт применения в национальном законодательстве положений об объединении и такие вопросы, как необходимость законодательного признания возможности принудительного исполнения соглашений об объединении; следует ли возлагать специальные полномочия на третейские и обычные суды для содействия объединению, с согласия сторон, соответствующих арбитражных соглашений в отношении таких вопросов, как выбор третейского суда, который продолжит рассмотрение споров, условия объединения дел и применимые процедуры; а также следует ли возлагать специальные полномочия на соответствующие третейские суды по согласованию этих вопросов.

Г. Конфиденциальность информации в арбитражном разбирательстве

62. Активное обсуждение на международном уровне вопроса о конфиденциальности при арбитражных разбирательствах, проходящее в последние годы и частично вызванное решением Высокого суда Австралии по делу Эссо против Плоумана²⁰, привело к пониманию того, что требования сторон относительно конфиденциальности разбирательства могут оказаться недостаточно защищенными арбитражным регламентом или национальным законодательством об арбитраже. Прежде было общепризнано, что если закрытый характер арбитражного разбирательства охраняется, например, положениями регламента, то охраняется и конфиденциальность. По этой причине конфиденциальность не упоминалась специально ни в арбитражных регламентах, ни в национальном законодательстве. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, например, предусматривает, что слушания проходят при закрытых дверях, если стороны не договорились об ином, и что арбитражное решение может быть опубликовано только с согласия обеих сторон. С другой стороны, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже ничего не говорится ни о закрытом характере слушаний, ни о конфиденциальности.

63. Хотя обеспечение закрытого характера разбирательства не обязательно гарантирует конфиденциальность, это способствует ограничению числа лиц, имеющих доступ к арбитражным слушаниям. Обычно арбитражный регламент регулирует вопрос о закрытом характере разбирательства. Кроме того, хотя такие регламенты все чаще регулируют вопрос о конфиденциальности и прецедентное право в некоторых странах особо оговаривает конфиденциальность как подразумеваемое условие соглашения об арбитраже, конфиденциальность предусматривается не во всех национальных законодательствах, за немногими исключениями. Там, где конфиденциальность специально охраняется, нет единого подхода в отношении сферы обязательства о конфиденциальности с точки зрения

²⁰(1995) 183 Commonwealth Law Reports 10; см. также Commonwealth of Australia v Cockatoo Dockyard P/L (1995) 36 New South Wales Law Reports 662.

информации, которую следует считать конфиденциальной, лиц, на которых распространяется обязательство, или допустимых исключений из запрета на разглашение и передачу сведений.

1. Действующие положения о конфиденциальности

64. Обзор арбитражных регламентов и очень немногих национальных законов, которые регулируют вопрос о конфиденциальности, показывает разнообразие подходов. Один из подходов к формулированию положения о конфиденциальности, которое было бы применимым ко всем видам дел, заключается в изложении общего положения о том, что материалы, представленные или составленные в ходе арбитражного разбирательства, не могут разглашаться третьим лицам без согласия другой стороны или разрешения суда. При другом подходе предусматривается более подробное положение, которое оговаривает параметры обязательств по конфиденциальности, в частности: i) материалы или информация, которые должны охраняться как конфиденциальные; ii) лица, на которых распространяется обязательство сохранить конфиденциальность, и порядок соблюдения этого обязательства; и iii) допустимые исключения из запрета на разглашение и передачу сведений.

65. Что касается материалов или информации, которые должны охраняться как конфиденциальные, некоторые положения содержат общее описание "фактов или иной информации, относящихся к спору или арбитражному разбирательству". Другие положения предусматривают более подробное описание охраняемой информации и указывают различные категории информации, которым предоставляется разный режим. В эти категории входят, в частности, доказательства, представленные стороной или свидетелем; письменная и устная аргументация; сам факт проведения арбитражного разбирательства; личности арбитров; содержание арбитражного решения; сведения, которыми обмениваются сами стороны или их адвокаты до или в ходе арбитражного разбирательства; и информация, которая по своему характеру является конфиденциальной, например коммерческая тайна и доверительная коммерческая информация.

66. Что касается круга лиц, на которых распространяется обязательство сохранять конфиденциальность, в их состав входят арбитры; сотрудники арбитражного учреждения, если разбирательство проводит арбитражное учреждение; стороны и их представители; свидетели, включая экспертов; адвокаты и консультанты. Поскольку данное обязательство может применяться ко всем этим лицам по-разному, один из подходов заключается в требовании, чтобы арбитры и представители сторон, а возможно, и свидетели подписали соглашение о конфиденциальности. При другом подходе в отношении свидетелей сторона, вызывающая свидетеля, должна гарантировать, что этот свидетель будет соблюдать конфиденциальность в той же мере, что и сама сторона. Некоторые положения также регулируют срок, в течение которого действует обязательство сохранять конфиденциальность.

67. К числу обстоятельств, при которых допускается разглашение информации, относятся следующие: согласие сторон на разглашение; информация является общедоступной; разглашение необходимо по закону или по требованию распорядительного органа; существует обоснованная необходимость в защите законных интересов одной из сторон; и разглашение требуется в интересах правосудия или публичных интересах. В то время как сфера применения некоторых из этих исключений поддается четкому определению и применению, другие исключения, такие как разглашение информации "в публичных интересах", обычно требует более тщательного рассмотрения. Например, было высказано мнение о возможной необходимости провести грань между тем фактом, что соответствующая информация действительно представляет публичный интерес, и опасностью разглашения коммерчески чувствительной информации как средства давления на одну из сторон в целях урегулирования.

68. Некоторые положения также содержат специальные условия, которые регулируют разглашение в зависимости от времени, когда оно происходит. Например, если информация будет разглашена во время арбитражного разбирательства, один из подходов требует предоставления уведомления о разглашении

третейскому суду и другой стороне. Если разглашение происходит после завершения арбитражного разбирательства, может быть достаточным уведомить только другую сторону.

69. Несмотря на положения о защите конфиденциальности арбитражного решения, некоторые арбитражные регламенты содержат положение, которым допускается публикация итоговых статистических данных или даже предоставление информации о конкретном разбирательстве, при условии что раскрываемая информация не дает возможности установить конкретные стороны или обстоятельства. Как правило, на это требуется согласие арбитражного учреждения.

2. Заключение

70. Поскольку действующие положения о защите информации могут оказаться недостаточными, мнения относительно обеспечения конфиденциальности арбитражного разбирательства разделились. Согласно одному из подходов, сложности, возникающие при определении сферы применения общего обязательства сохранять конфиденциальность, затрудняют само решение этой проблемы. Согласно другим точкам зрения - в том числе Высокого суда Австралии в деле Эссо против Плоумана - стороны арбитражного разбирательства могут прямо предусмотреть в своем арбитражном соглашении абсолютную или конкретную степень конфиденциальности. В соответствии с еще одним подходом, арбитражный регламент должен содержать положения о конфиденциальности или, более того, необходимо принять типовое законодательное положение. Во всех этих вариантах акцентируется важное значение единообразия в подходах и широкой сферы применения для международного коммерческого арбитража.

71. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нуждается ли проблема конфиденциальности в дальнейшем изучении и, в частности, есть ли необходимость в дополнительной защите в форме типового законодательного положения. Если на этот вопрос будет дан положительный ответ, то к Секретариату можно обратиться с просьбой изучить различные варианты защиты конфиденциальности и, в частности, вопросы об объеме защиты, которая может понадобиться, например, в отношении материалов или информации, подлежащих охране как конфиденциальные; лицах, на которых следует распространить обязательство сохранять конфиденциальность, и способ осуществления этого обязательства; а также о допустимых исключениях из запрета на разглашение и передачу информации.

G. Выдвижение требований в целях зачета

72. В арбитражной практике часто имеют место случаи, когда ответчик по арбитражному делу в ответ на предъявленный ему иск помимо возражений по конкретным пунктам иска ссылается на требование, которое имеется у ответчика к истцу. Ответчик может предъявить такое требование двумя способами. Во-первых, он может выдвинуть встречный иск, который рассматривается третейским судом по существу так же, как если бы он был первоначальным иском истца, и решение по которому выносится независимо от решения по требованию истца и несмотря на исход дела. Так, например, если требование истца отклоняется, третейский суд все равно должен вынести решение по встречному иску.

73. Во-вторых, ответчик может выдвинуть требование в качестве не встречного иска, а возражения в целях зачета. В таком случае по возражению - в той мере, в которой оно приемлемо, - выносится решение, только если - и в той мере, в которой - требование истца обоснованно. Если требование истца необоснованно, третейскому суду нет необходимости рассматривать требование, заявляемое в целях зачета.

74. На практике часто возникает проблема определения условий, при которых третейский суд может принять во внимание оспариваемое требование, заявляемое в целях зачета. Вопрос о том, входит ли в компетенцию третейского суда рассмотрение по существу требования, заявляемого в целях зачета, если

это требование не предусмотрено в арбитражном соглашении, которое применяется к основному иску (но может быть предметом другого арбитражного соглашения или вообще не быть предусмотрено в каком-либо арбитражном соглашении), имеет различные ответы и вызывает споры.

1. Решения, применяемые в настоящее время

75. Этот вопрос может быть урегулирован по договоренности сторон. Существуют арбитражные регламенты, которые позволяют третейскому суду рассматривать требования в целях зачета, даже если это не оговорено в арбитражном соглашении, относящемся к основному иску. Например, статья 27 Международного арбитражного регламента Цюрихской торговой палаты (1989 год) предусматривает, что третейский суд также обладает компетенцией в отношении требования в целях зачета, если это требование не подпадает под действие арбитражной оговорки и даже если существует другая арбитражная оговорка или юрисдикционная оговорка в отношении такого требования.

76. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ придерживается более ограничительной позиции, которая заключается в том, что ответчик может заявить требование в целях зачета, если оно возникает из того же договора (статья 19). В Регламенте прямо не предусмотрено, что зачетное требование должно регулироваться тем же арбитражным соглашением, что и основной иск. Если стороны составили арбитражное соглашение по типовой арбитражной оговорке, которая приведена в сноске к статье 1 Регламента²¹ (и тем самым представляют на разрешение в арбитраже споры, возникающие из договора), то и основной иск, и требование в целях зачета покрываются одним и тем же арбитражным соглашением. Однако, если арбитражное соглашение, регулирующее основной иск, не распространяется на требование в целях зачета, то согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ также возникает вопрос, обладает ли третейский суд компетенцией на рассмотрение зачетного требования, на которое не распространяется арбитражное соглашение.

77. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже прямо не регулирует этот вопрос. В аналитическом комментарии к проекту текста Типового закона, подготовленном Секретариатом, поддерживается следующая позиция: если ответчик выдвигает требование в целях зачета (или встречный иск), такое требование не может выходить за рамки арбитражного соглашения. В комментарии поясняется, что, хотя это ограничение и не упомянуто в статье, оно представляется самоочевидным, ввиду того что компетенция третейского суда основана на таком соглашении и определяется в его рамках²².

78. После принятия Типового закона высказывались мнения, что компетенция третейского суда по рассмотрению требований в целях зачета при некоторых условиях должна выходить за рамки договора, из которого возникает первоначальный иск. В качестве доводов приводятся соображения процессуальной эффективности и желательности устранения споров между сторонами; утверждается, что эти доводы особенно весомы, когда обе стороны являются торговцами или когда первоначальный иск и требование в целях зачета возникли из экономически связанных между собой договоров.

2. Заключение

79. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, заслуживает ли данная проблема дальнейшего изучения. Исследуемые вопросы могут включать, в частности, следующее: можно ли отразить должным образом в арбитражном регламенте компетенцию третейского суда по рассмотрению

²¹Соответствующая часть типовой арбитражной оговорки гласит: "Любой спор, разногласие или требование, возникающие из или касающиеся настоящего договора, ...подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с действующим в настоящее время Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ" [выделено нами].

²²Документ A/CN.9/264, Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XVI: 1985 год, часть вторая, I. В, комментарий к проекту статьи 23, пункты 5 и 8.

требований, заявленных в целях зачета, и целесообразно ли предусматривать в законодательстве соответствующую норму.

Н. Решения третейских судов "сокращенного состава"

80. Из законов об арбитраже и арбитражных регламентов следует, что арбитры, согласившись выступать в таком качестве, имеют право и обязаны участвовать в разбирательстве и прениях в третейском суде, а также подписывать арбитражное решение. Такие право и обязанность также подразумеваются или прямо предусмотрены в договоре, по которому арбитр соглашается на назначение.

81. Иногда случается так, что арбитр, в частности назначенный той или иной стороной, снимает с себя обязанности или отказывается участвовать в разбирательстве или прениях в третейском суде. В большинстве национальных законов и арбитражных регламентов содержатся положения, регулирующие эту ситуацию. Как правило, предусматривается, что арбитр, не выполняющий свои обязанности, заменяется другим арбитром; обычно предусматривается, что новый арбитр назначается в соответствии с правилами, которые были применены при назначении заменяемого арбитра (см., например, статью 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже).

82. Несмотря на причину отставки или бездействия арбитра, невыполнение им своих обязанностей и назначение нового арбитра, скорее всего, приведут к затягиванию процесса, затратам и неудобствам. Одной из основных причин значительных дополнительных затрат и затягивания процесса является возможная необходимость в повторении слушаний по делу, которые уже проводились до назначения нового арбитра (см., например, статью 14 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ).

83. Особенно много проблем возникает в связи со случаями, когда отставка арбитра или отказ от участия происходят на заключительной стадии разбирательства и два других арбитра или арбитражное учреждение, ведущее дело, считают причины для этого необоснованными. Из-за возможной приостановки арбитражного разбирательства особую озабоченность вызывают случаи, когда отставка или отказ от участия арбитра происходят в результате сговора между стороной и арбитром, назначенным этой стороной. Такой сговор может быть вызван желанием затянуть дело, сорвать разбирательство и тем самым лишить другую сторону ее законных прав по арбитражному соглашению.

84. Бездействие арбитра может привести к его ответственности за невыполнение своих обязанностей, предусмотренных в договоре или законе. Такая ответственность возникает в отношениях между пострадавшей стороной и арбитром и выходит за рамки спора, рассматриваемого в арбитражном разбирательстве, в ходе которого имело место бездействие. В случае возникновения спора он обычно решается в суде, если только не существует арбитражного соглашения между арбитром и стороной, выдвигающей претензию к арбитру.

85. Несмотря на такую ответственность арбитра, вопрос о его бездействии может также решаться в контексте арбитражного разбирательства, в котором этот арбитр перестает участвовать. Как правило, возникает мало проблем, если отказ от участия происходит после завершения прений в третейском суде по существу выносимого арбитражного решения и неучастие арбитра ограничивается его отказом подписать арбитражное решение. Обычно в законах и арбитражных регламентах предусматривается, что достаточно подписи большинства членов третейского суда, при условии указания причины отсутствия других подписей (статья 31(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ; аналогичная норма содержится, в том числе, в статье 32(4) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ).

86. В последние годы между практическими работниками ведутся оживленные дискуссии по вопросу о том, разрешается ли двум остальным арбитрам завершить разбирательство и вынести решение, если один из арбитров снимает с себя обязанности на завершающей стадии разбирательства, в частности после

представления доказательств и заслушивания аргументов сторон²³. Такое решение двух оставшихся арбитров обычно называется решением "третейского суда сокращенного состава".

87. При обсуждении этого вопроса часто отмечалось, что и в судах стран римского права, и в судах стран общего права признаются решения третейских судов сокращенного состава, если стороны согласились с такой процедурой. Кроме того, утверждается, что предусмотрительные стороны, которые желают избежать проблем, отдают предпочтение применению регламентов, разрешающих двум арбитрам продолжать разбирательство и выносить решение в отсутствие третьего арбитра, если большинство арбитров сочтут, что это отвечает интересам справедливого и надлежащего арбитражного разбирательства. Выражается также мнение, что даже в отсутствие прямо предусмотренной нормы или соглашения трудно представить себе, что современный суд в государстве, которое в иных случаях – в качестве соображения публичного порядка – оказывает поддержку международному коммерческому арбитражу, признает недействительным арбитражное решение, вынесенное большинством арбитров, лишь потому, что назначенный стороной арбитр, стремясь помешать арбитражному разбирательству, отстранился либо отказался от участия в разбирательстве на завершающей стадии или отказался подписать арбитражное решение. Эта точка зрения исходит из того, что национальные законы, предусматривающие участие трех арбитров, следует считать соблюденными, когда все трое имели равную возможность участвовать в разбирательстве. Высказывается также предположение, что с практической точки зрения, если станет ясно, что назначенный стороной арбитр не в состоянии помешать вынесению арбитражного решения, отстранившись от участия в разбирательстве или прениях, лежащая в основе этого проблема, скорее всего, исчезнет²⁴. Выражались также отличные от этого мнения, предостерегающие от законодательного разрешения третейскому суду сокращенного состава решать вопрос по своему усмотрению. Выдвигались доводы, что сторона не должна нести ответственность за неправильное поведение назначенного ею арбитра и что дискреционное право продолжить разбирательство в сокращенном составе может вызвать трудности, если после ухода арбитра два других арбитра действуют ненадлежащим образом в интересах одной из сторон.

1. Незаконодательные и законодательные решения, применяемые в настоящее время

88. В свете этих дискуссий некоторые арбитражные учреждения приняли регламенты, устанавливающие условия, при которых третейский суд сокращенного состава может продолжить разбирательство и вынести решение. Например, в статье 11 Международного арбитражного регламента Американской арбитражной ассоциации (1991 год) предусматривается:

"1. Если арбитр, входящий в состав третейского суда из трех судей, не участвует в арбитражном разбирательстве, два других арбитра имеют право исключительно по собственному усмотрению продолжить разбирательство и вынести решение, определение или постановление, несмотря на неучастие третьего арбитра. При определении того, продолжить или нет разбирательство или вынести или нет решение, определение или постановление без участия одного арбитра, два других арбитра учитывают стадию разбирательства, причину неучастия, если таковая имеется, указанную третьим арбитром, а также такие другие вопросы, которые они сочтут уместными, исходя из обстоятельств дела. Если два других арбитра решают не продолжать арбитражное разбирательство без участия третьего арбитра, администратор, полагаясь на достаточные, по его мнению, доказательства, объявляет место арбитра вакантным, и в соответствии с положениями статьи 6 назначается новый арбитр, если стороны не договорятся об ином.

²³Например, X-й Международный конгресс по арбитражу, Стокгольм, 28-31 мая 1990 года. Proceedings of the Congress: ICCA Congress Series No. 5, International Council for Commercial Arbitration, I. Preventing delay and disruption of arbitration, II. Effective proceedings in construction cases, General Editor Albert Jan van den Berg, p. 26.

²⁴*Ibid.*, pp. 28 and 29.

2. Если назначается новый арбитр, третейский суд определяет исключительно по собственному усмотрению, следует ли полностью или частично проводить повторные слушания".

89. Такие же по существу положения предусмотрены и в других международных арбитражных регламентах, например в Факультативном арбитражном регламенте для урегулирования споров между двумя сторонами, одной из которых является государство, принятом Постоянной палатой третейского суда (1993 год) (статья 13(3)), и в Арбитражном регламенте Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) (1994 год) (статья 32).

90. Этот вопрос регулируется в некоторых национальных законах об арбитраже. В одних случаях в законодательстве закрепляется принцип, отражающий суть вышеупомянутых положений арбитражных регламентов. Другой подход является более ограничительным: хотя по существу закон признает свободу сторон договориться о том, как им рассматривать решения, вынесенные третейским судом сокращенного состава, он ограничивает возможность сторон предоставлять оставшимся арбитрам разрешение на продолжение разбирательства без отстранившегося арбитра теми случаями, когда арбитр отказывается участвовать в голосовании при вынесении решения. Кроме того, предусматривается, что стороны должны быть предварительно уведомлены о намерении вынести решение без арбитра, который отказывается участвовать в голосовании. В случаях других решений закон предусматривает, что стороны должны быть только проинформированы, после принятия решения, об отказе арбитра участвовать в голосовании.

2. Заключение

91. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вероятные отрицательные последствия недобросовестного устранения арбитров от участия в арбитражном разбирательстве для практики международного коммерческого арбитража и в этом контексте изучить следующие вопросы: а) степень, в какой стороны могут по договоренности поставить вне сомнения юридическую действительность арбитражного решения, вынесенного третейским судом сокращенного состава; б) является ли желательным, чтобы Комиссия разработала типовой вариант соглашения сторон относительно решений третейского суда сокращенного состава; и с) является ли желательным регулирование законодательством о международном коммерческом арбитраже этого вопроса, и если да, то следует ли Комиссии подготовить типовой вариант законодательства. Если Комиссия решит продолжить изучение этого вопроса, она, возможно, пожелает просить Секретариат подготовить исследование, в котором будут предусмотрены различные возможные варианты для рассмотрения Комиссией.

I. Ответственность арбитров

92. Во время разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже было выражено общее согласие с тем, что вопрос об ответственности арбитра не может быть надлежащим образом решен в Типовом законе²⁵.

93. В национальные арбитражные законы, в том числе в ряд законов о принятии Типового закона, добавлены положения, регулирующие ответственность арбитров. Эти положения отличаются в вопросах об иммунитете арбитров от профессиональной ответственности и о параметрах такого иммунитета. В странах общего права существует тенденция уравнивать арбитров с судьями и распространять на них такой же иммунитет, а в странах римского права делается акцент на договорных функциях арбитра как эксперта. Тем не менее даже в государствах, входящих в одну и ту же правовую систему, есть значительные расхождения, и их подходы невозможно четко разграничить.

²⁵Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее третьей сессии (1982 год), документ A/CN.9/216, Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XIII: 1982 год, часть вторая, III, А, пункты 51-52.

1. Действующие законодательные положения

94. В ряде национальных арбитражных законов, в том числе в некоторых законах о принятии Типового закона, предусматриваются положения об иммунитете арбитров, но объем и рамки такого иммунитета весьма различны. Многие страны, принявшие специальные положения в своих арбитражных законах о принятии Типового закона, являются странами общего права.

95. Некоторые положения, предусмотренные в этих законах, исключают ответственность за какое-либо действие или бездействие в связи с арбитражным разбирательством, кроме тех случаев, когда доказано, что действие или бездействие является недобросовестным, или нечестным, или что имеет место сознательный и преднамеренный проступок. В других случаях предусматривается, что арбитр не несет ответственности за небрежность в отношении какого-либо действия или бездействия, допущенную им в его качестве арбитра; в некоторых случаях предусматривается исключение в отношении случаев мошенничества или злого умысла. В одном из законов говорится, что арбитр не отвечает за юридическую, фактическую или процессуальную ошибку, совершенную в ходе арбитражного разбирательства или при вынесении арбитражного решения. Некоторые законы придерживаются противоположного подхода и не стремятся ограничить ответственность, а указывают, что арбитр может нести ответственность за убытки, возникшие по причине просрочки в исполнении обязательств арбитра или неисполнения таких обязательств.

96. Стороны, к которым может применяться исключение, весьма разнообразны. В некоторых случаях иммунитет применяется только к ответственности арбитра, а в других иммунитет распространяется на служащих и агентов арбитра, а также на консультантов арбитров и экспертов. Другие законы распространяют действие иммунитета на тех, кто может иметь отношение к назначению третейского суда, и тех, кто может выполнять административные задачи в связи с арбитражным разбирательством, а также на их служащих и агентов. Условия исключения из действия иммунитета во всех этих законах одни и те же для арбитров и лиц, на которых распространяется действие иммунитета.

97. В других странах, в основном относящихся к системе римского права, акцентируется договорный характер услуг, выполняемых арбитром, и арбитр несет ответственность за невыполнение своих полномочий. К таким случаям относятся: отсутствие надлежащего усердия при выполнении обязанностей; непринятие решения в оговоренные в договоре или в законе сроки; создание для сторон риска возможного аннулирования арбитражного решения; пристрастность; небрежность; нарушение тайны арбитражного разбирательства; а также все проявления мошенничества, введения в заблуждение, коррупции и грубой небрежности. В некоторых правовых системах особо оговаривается иммунитет в отношении вынесения арбитражного решения по причине квазисудебного характера выполняемой работы. В некоторых случаях ответственность ограничивается условиями договора, заключенного между арбитром и сторонами арбитражного разбирательства, хотя при этом может и не исключаться ответственность за грубую небрежность или преднамеренный проступок.

98. В некоторых странах общего права арбитры могут пользоваться более широким иммунитетом, близким к иммунитету судьи, тогда как в других проводится различие между действиями арбитра, которые носят судебный характер и которые, таким образом, защищены высокой степенью иммунитета, и действиями, которые не связаны с судебными функциями и которые, таким образом, подпадают под гражданско-правовую ответственность.

2. Заключение

99. Между арбитражным законодательством и регламентами существуют значительные различия в вопросе регулирования ответственности, и степень гражданско-правовой ответственности арбитров может отличаться в зависимости от ряда факторов, таких, как следующие: а) выбор регламента, в соответствии с которым проводится арбитражное разбирательство; б) закон, регулирующий заключение договора между арбитром и сторонами; с) гражданство арбитров; и d) место проведения

разбирательства. С учетом этого любое рассмотрение вопроса об ответственности арбитров, скорее всего, потребует тщательного изучения.

100. Поскольку повсеместно приемлемая формулировка может помочь в проведении арбитражных разбирательств и придать больше уверенности как арбитрам, так и сторонам разбирательства, Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли продолжить изучение проблемы ответственности. При определении необходимости в дальнейшем изучении проблемы ответственности арбитров может оказаться полезным подробное рассмотрение применяемых в настоящее время способов решения этого вопроса, а также предложений, выдвинутых организациями и специалистами.

Ж. Полномочия третейского суда по присуждению процентов

101. При разработке Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже вопрос о положении, прямо предоставляющем арбитру полномочия по присуждению процентов, не рассматривался. После принятия Типового закона в ряде стран, особенно относящихся к системе общего права, возросла неопределенность в отношении права арбитров присуждать проценты, и ряд государств дополнили свои законы о принятии Типового закона специальными положениями, регулирующими полномочия по присуждению процентов.

1. Законодательные решения, применяемые в настоящее время

102. Положения, регулирующие полномочия по присуждению процентов, принятые в рамках национальных законов, весьма разнообразны по сфере применения, особенно в том, что касается степени детализации и регулируемых вопросов. В самом простом варианте законодательство предоставляет третейскому суду полномочия присуждать проценты, если стороны не договорились об ином.

103. В некоторых правовых системах помимо этого основного полномочия рассматриваются и другие вопросы. Что касается суммы, на которую могут начисляться проценты, то некоторые законы ограничивают ее размер суммой, присуждаемой в арбитражном решении, причем может быть указано, что такая сумма включает проценты и затраты. Другой подход сводится к положению, предусматривающему, что третейский суд может присудить выплату процентов со всей или части суммы арбитражного решения. В третьих случаях в отношении суммы, с которой взимается процент, может проводиться различие между денежной суммой, присужденной третейским судом в результате разбирательства, и суммой, взыскиваемой по иску и причитающейся к платежу на момент начала арбитражного разбирательства, но погашенной до вынесения арбитражного решения. В некоторых правовых системах применение положения о процентах ограничивается и указывается, в частности, что оно не дает полномочия арбитру на присуждение процента с процентов и не применяется в отношении любой суммы, с которой процент причитается по праву, как в силу соглашения, так и на ином основании.

104. В ряде законов предусматривается момент времени, начиная с которого может присуждаться процент. Один из вариантов ограничивает такое время периодом, начинающимся с даты вынесения арбитражного решения; другие законы предусматривают, что процент может также присуждаться за весь период или какую-либо его часть между датой возникновения основания для иска и датой вынесения решения; третьи предусматривают присуждение процента с даты вынесения решения и до даты оплаты суммы по арбитражному решению. В некоторых законах указываются сроки выплаты процентов.

105. Что касается ставки процента, в ряде законов за третейским судом сохраняется право установить обоснованную ставку или разумную коммерческую ставку. Другие законы указывают, что ставка должна быть такой же, какая применяется при вынесении судебных решений, или, в некоторых случаях, устанавливается фиксированная ставка. Более полно разработанная норма предусматривает, что процентная ставка должна быть "средней банковской ставкой по краткосрочным ссудам для

первоклассных заемщиков, действующей в отношении валюты платежа в месте платежа, или, если в этом месте нет такой ставки, ставкой, равной действующей в государстве валюты платежа"²⁶.

2. Заключение

106. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, заслуживает ли вопрос о полномочиях третейского суда по присуждению процентов дальнейшего изучения с целью разработки типового законодательного положения. В этом смысле она может также пожелать рассмотреть вопрос о том, должно ли такое дальнейшее изучение затрагивать все связанные с исполнением полномочий законодательные моменты, упомянутые выше, в том числе а) сумму, на которую может быть начислен процент; б) период, за который выплачивается процент, как до, так и после вынесения арбитражного решения; в) применяемый вид процента (простой или сложный) и процентную ставку; и д) другие вопросы, такие как срок выплаты процента.

К. Расходы на арбитражное разбирательство

107. При разработке Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже была высказана широкая поддержка позиции, которая сводится к тому, что вопросы, касающиеся гонораров и расходов на арбитраж, не являются теми, которые следует регулировать в типовом законе. Эта точка зрения предоставляет государствам возможность предусмотреть судебный контроль в отношении гонораров и расходов и, например, производить перерасчет необоснованных размеров гонораров²⁷. Однако за период после завершения работы над Типовым законом ряд законов о принятии Типового закона был дополнен положениями о праве третейского суда устанавливать и распределять расходы и гонорары. Эти законы часто существенно различаются, в частности, в том, что касается детализации такого права и сферы охвата соответствующих вопросов.

1. Действующие законодательные положения

а) Что может быть включено в понятие "расходы"

108. Законы о принятии Типового закона расходятся в вопросе о том, что следует включать в понятие "расходы". В некоторых законах дано общее описание со ссылкой просто на "арбитражные издержки" и могут содержаться ссылки на гонорар и расходы арбитра или арбитров либо на затраты, понесенные сторонами и необходимые для надлежащего рассмотрения их иска или возражений. Другие законы придерживаются более комплексного подхода и указывают соответствующие статьи расходов, такие как а) гонорары арбитра и третейского суда; б) путевые расходы, затраты на размещение и административное обеспечение во время арбитражного разбирательства; в) расходы на доказательства, как фактические, так и услуги экспертов; д) затраты на юридическую помощь и представителей; и е) другие расходы, понесенные в связи с арбитражным разбирательством.

б) Распределение расходов и ответственность по ним

109. Законами о принятии Типового закона обычно предусматривается, что третейский суд, разумно исходя из обстоятельств дела, может по своему усмотрению решить, какая из сторон и в какой доле должна оплатить арбитражные расходы. Однако существуют определенные расхождения. В некоторых законах проводится различие между гонораром и расходами арбитра и другими расходами по арбитражу и предусматривается, что стороны несут солидарную ответственность за оплату гонораров и расходов арбитров. Другие законы устанавливают субсидиарное правило, которое предусматривает, что, если расходы не оговорены в арбитражном решении и нет дополнительного арбитражного решения об

²⁶UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC), Article 7.4.9.

²⁷Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее третьей сессии (1982 год), документ /CN.9/216, Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XIII: 1982 год, часть вторая, III, А, пункт 99).

арбитражных расходах, каждая сторона несет ответственность за свои собственные расходы на разбирательство и прочие затраты, а также за равную долю гонораров и расходов третейского суда. Один из законов прямо регулирует ситуацию, когда выдвигается предложение об урегулировании, которое отвергается. Если предложение об урегулировании отражает окончательное арбитражное решение, третейский суд вправе учесть это при присуждении оплаты затрат и расходов.

c) Сопутствующие вопросы

110. Судебное рассмотрение и содействие. Ряд законов регулирует аспекты судебного рассмотрения и содействия, предоставляя судам полномочия по перерасчету гонораров и расходов арбитров, в том числе по вынесению приказа о возврате избыточных сумм; а также по определению подлежащих взысканию затрат, в том числе гонораров и расходов третейского суда, если третейский суд не сделал этого или если сторона не согласна с определением, вынесенным третейским судом.

111. Неполное арбитражное решение. Некоторые законы предусматривают, что, если арбитражное решение не оговаривает оплату арбитражных расходов, стороны могут обратиться в третейский или, в некоторых случаях, в общий суд за определением в отношении расходов.

112. Ограничение взыскиваемых расходов. В некоторых правовых системах стороны вправе договориться о том, какие арбитражные расходы подлежат возмещению, или они могут обратиться в арбитраж или суд за вынесением такого определения. Кроме того, третейский суд может быть уполномочен ограничивать взыскиваемые расходы определенной суммой, с возможными вариантами.

113. Расходы на толкование или исправление. Ряд законов предусматривает, что третейский суд не может взыскивать дополнительную плату за толкование, исправление или дополнение своего решения.

2. Заключение

114. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, в достаточной ли степени в арбитражных регламентах или национальном законодательстве предусмотрено полномочие по присуждению оплаты расходов или есть ли необходимость в установлении единообразной нормы для международного коммерческого арбитража. В этом контексте Комиссия может пожелать рассмотреть вопрос о сфере применения такой нормы и о том, следует ли урегулировать сопутствующие вопросы, упомянутые выше, помимо полномочия по присуждению оплаты расходов.

L. Возможность приведения в исполнение обеспечительных мер

115. Согласно многим арбитражным регламентам, третейский суд может по просьбе одной из сторон вынести приказ о временных мерах, направленных на сохранение статуса-кво до тех пор, пока не будет вынесено арбитражное решение. Такие меры именуется как "обеспечительные меры", "предварительные приказы", "промежуточные арбитражные решения", "охранительные меры" или "предварительные запретительные меры". Например, статья 26(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ предусматривает следующее:

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

116. Обеспечительные меры, которые часто в предусматривающих их применении регламентах, не определяются, могут охватывать широкий круг мер, в том числе следующие: приказы о запрете на вывоз товаров или активов с места или за пределы юрисдикции; о сохранении доказательств; о продаже товаров; а также о внесении денежной гарантии. Обеспечительная мера может быть применена на период

арбитражного разбирательства или носить более краткосрочный характер и подлежать изменению по ходу разбирательства. Мера может принимать форму приказа третейского суда или промежуточного "арбитражного решения".

117. Практические работники часто обсуждают вопрос о возможности приведения в исполнение обеспечительных мер как в государстве, где проходит арбитраж, так и в других государствах. В поддержку необходимости возможности приведения в исполнение таких мер обычно выдвигается следующий довод: окончательное арбитражное решение может оказаться малоэффективным для выигравшей дело стороны, если действие или бездействие противной стороны во время разбирательства делает исход разбирательства в целом бесполезным (например, если активы распыляются или вывозятся за пределы юрисдикции). Отмечается, что по этой причине промежуточный приказ может быть по меньшей мере таким же важным, как само арбитражное решение, или даже более важным²⁸.

118. Однако высказываются также сомнения относительно возможности принудительного приведения в исполнение обеспечительных мер, вынесенных третейским судом. Утверждается, что на практике стороны в любом случае стремятся соблюдать такие меры, например, во избежание ответственности по расходам, вызванным неисполнением меры, или из-за нежелания вызвать неудовольствие третейского суда. Кроме того, если обеспечительные меры рассматривать как исполнительный правовой титул, возникнет необходимость применять к ним положения (такие или аналогичные тем, что регулируют отмену арбитражных решений), предназначенные для устранения некоторых серьезных процессуальных нарушений, что излишне формализует этот процесс. Однако в ответ выдвигается возражение, что на практике имеется множество случаев, когда сторона отказывается выполнить обеспечительную меру, невзирая на возможные отрицательные для нее последствия, такие как ответственность по оплате расходов. Кроме того, положения о судебном приведении в исполнение обеспечительных мер, в том числе о прерогативах суда в процессе принудительного исполнения, могут отражать временный характер мер и не обязательно регулироваться теми же нормами, которые относятся к возможности принудительного исполнения окончательных арбитражных решений.

119. Согласно некоторым точкам зрения, стороны арбитражного разбирательства, нуждающиеся в обеспечительных мерах, должны обращаться в суд, как это предусматривается многими национальными законами. В ответ, однако, приводятся доводы о том, что это может вызвать определенные затруднения. Например, рассмотрение вопроса о принятии соответствующих мер может затянуться, в частности, из-за того, что суд может запросить аргументацию по этому вопросу, или из-за того, что решение суда может быть обжаловано. Кроме того, суды по месту проведения арбитража могут и не обладать надлежащей юрисдикцией в отношении сторон или активов; поскольку арбитражное разбирательство часто проводится на "нейтральной" территории, которая мало или вообще не связана с предметом спора, может оказаться необходимым обратиться с просьбой о рассмотрении вопроса и вынесении приказа о соответствующей мере в суд другой правовой системы. Более того, в некоторых государствах сторона может оказаться не вправе обратиться в суд для вынесения постановления об обеспечительной мере по той причине, что стороны, заключив арбитражное соглашение, считаются исключившими суды из разбирательства в отношении их споров.

120. Поэтому высказывается точка зрения, согласно которой ресурсы можно было бы использовать более эффективно, если бы стороны могли обратиться с просьбой о подлежащих исполнению обеспечительных мерах непосредственно в третейский, а не в общий суд, поскольку третейский суд уже знаком с делом и обычно технически более подготовлен к рассмотрению предмета спора.

²⁸V.V. Veeder, "Provisional and conservatory measures", в: Proceedings of the New York Convention Day Colloquium, *supra* note 1.

1. Законодательные решения, применяемые в настоящее время

a) Нью-Йоркская конвенция

121. Иногда третейские суды выносят приказ об обеспечительных мерах в форме промежуточного решения. Такая возможность прямо предусмотрена, в частности, в статье 26(2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Это поднимает вопрос о том, распространяется ли Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений на такие промежуточные арбитражные решения. Поскольку в Конвенции не дано определения термина "арбитражное решение", остается неясным, применяется ли она к промежуточным арбитражным решениям. Преобладает точка зрения, подтвержденная также прецедентным правом некоторых государств, что Конвенция не применяется к промежуточным арбитражным решениям.

b) Типовой закон ЮНСИТРАЛ

122. В статье 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже прямо предусматривается право арбитражного суда принять такие обеспечительные меры, которые он считает необходимыми, а также потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами. Однако в Типовом законе ничего не говорится о принудительном исполнении таких мер.

123. Когда во время разработки Типового закона Рабочая группа рассматривала положения статьи 17, эта статья содержала такое положение: "Если возникает необходимость в исполнении любых таких временных мер, арбитражный суд может просить [компетентный суд] [суд, указанный в статье V] оказать помощь в исполнении"²⁹. В соответствии с одной из точек зрения, высказанных в Рабочей группе, помощь в исполнении со стороны судов является желательной и должны быть предусмотрены возможности обращения за такой помощью. Согласно другому мнению, одобренному Рабочей группой в ходе обсуждения, это предложение следовало исключить, поскольку оно недостаточно полно трактует вопрос национального процессуального права и компетенции суда и вряд ли будет принято многими государствами. Однако Рабочая группа полагала, что изъятие этого предложения из текста не должно рассматриваться как исключение возможности оказания такой помощи в исполнении в тех случаях, когда государство готово оказать эту помощь в соответствии со своим процессуальным правом³⁰.

c) Национальное законодательство

124. В отношении возможности приведения в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом, в законодательстве отражены самые разнообразные подходы. Во многих государствах в законодательстве ничего не говорится по этому вопросу. В других случаях, например в ряде стран, включивших в свое законодательство статью 17 Типового закона, которая дает право третейскому суду принимать обеспечительные меры, в законодательстве содержатся ясно выраженные положения о приведении в исполнение таких обеспечительных мер. Например, в одном случае добавляется оговорка о том, что суд может по просьбе одной из сторон разрешить приведение в исполнение обеспечительной меры, предписанной третейским судом, если ходатайство в отношении соответствующей обеспечительной меры еще не подано в суд. В некоторых государствах законодательство предусматривает, что положения, разработанные по аналогии с главой VIII Типового закона, которая посвящена признанию и приведению в исполнение арбитражных решений (статьи 35 и 36), применяются также в отношении приказов, вынесенных согласно положению, сформулированному по аналогии со статьей 17 Типового закона.

²⁹Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее шестой сессии (1983 год), документ A/CN.9/245, Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XV: 1984 год, часть вторая, II, А, 1, пункт 70).

³⁰Там же, пункт 72.

125. Что касается полномочий, предоставленных судам по приведению в исполнение обеспечительной меры, предписанной третейским судом, здесь также наблюдается различие в подходах. Как минимум в одном государстве законом предусматривается, что суд может рассмотреть основание для вынесения третейским судом приказа об обеспечительных мерах. В некоторых других случаях указывается, что суд должен снабдить запретительной силой установленные третейским судом фактические обстоятельства дела. В одной стране закон предусматривает, что суд может подтвердить приказ третейского суда, если это необходимо для приведения в исполнение обеспечительной меры; кроме того, суд по соответствующей просьбе может отменить или изменить свое решение о разрешении на приведение в исполнение.

126. Одной из проблем в отношении санкционированного приказом суда приведения в исполнение мер, предписанных третейским судом, может стать ответственность в случае злоупотребления правами. Для этого в одном национальном законе предусмотрено, например, что, если мера, предписанная третейским судом, оказывается необоснованной с самого начала, сторона, добившаяся приведения ее в исполнение, обязана компенсировать другой стороне ущерб, нанесенный в результате приведения в исполнение такой меры. Кроме того, предусматривается, что такое требование о компенсации может быть выдвинуто в ходе арбитражного разбирательства.

2. Заключение

127. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, заслуживает ли проблема приведения в исполнение обеспечительных мер по приказу третейского суда дальнейшего изучения со стороны Секретариата. К Секретариату может быть обращена просьба рассмотреть соответствующую практику международного коммерческого арбитража и судебную практику и представить первые предварительные выводы в отношении желательности и целесообразности разработки единообразных законодательных положений на рассмотрение Комиссии.

М. Дискреционное право на приведение в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно вынесено

128. После вынесения арбитражного решения истец может добиваться приведения в исполнение арбитражного решения или в судах государства, где оно было вынесено ("государство вынесения"), или в судах государства, где находятся активы должника ("государство приведения в исполнение"). Однако, если арбитражное решение отменяется (или "аннулируется") компетентным судом в государстве вынесения, приведение в исполнение арбитражного решения в государстве вынесения будет невозможным. Сторона, испрашивающая приведение в исполнение, может затем попытаться добиться приведения в исполнение в суде другого государства. Перед судом государства приведения в исполнение встает вопрос: существуют ли обстоятельства, которые позволяют суду привести в исполнение арбитражное решение, несмотря на тот факт, что оно отменено в государстве вынесения.

1. Законодательные решения, применяемые в настоящее время

а) Нью-Йоркская конвенция

129. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений предусматривает перечень оснований, по которым может быть отказано в приведении в исполнение арбитражного решения. Одно из таких оснований существует, если "решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется" (статья V(1)(e)).

130. Практики и ученые обсуждают вопрос о том, является ли - и в какой мере является - такой отказ в приведении в исполнение на основании статьи V(1)(e) Конвенции дискреционным правом. Дискуссии идут вокруг вопроса о полномочии суда в государстве приведения в исполнение принимать во внимание

основания, по которым первоначальное арбитражное решение было отменено, или о необходимости отказать в просьбе о приведении в исполнение.

131. Частично дискуссии были предопределены формулировкой статьи V(1). Высказывалось мнение, что употребление слов "в... приведении в исполнение... может быть отказано" подразумевает некоторую долю усмотрения со стороны компетентной власти при отказе от приведения в исполнение. Однако также утверждалось, что при прочтении вместе со словом "только" (то есть "в... приведении в исполнение... может быть отказано..., только если...") возможно другое толкование. Следовательно, неясно, следует ли отказывать в приведении в исполнение в каждом случае, когда отменено арбитражное решение.

132. Высказывается мнение, что статья VII(1) Конвенции также предусматривает возможность приведения в исполнение без учета решения об отмене арбитражного решения³¹. В соответствии с положением, которое называют положением "о наиболее благоприятном праве", сторона может испрашивать приведение в исполнение иностранного арбитражного решения в каком-либо государстве на основании других международных договоров или внутреннего законодательства этого государства. Без необходимости в комментариях относительно существа решения об отмене, принятого судом в государстве вынесения, суд в государстве приведения в исполнение может постановить, что на основании его собственного внутреннего законодательства следует привести в исполнение арбитражное решение. Однако против такого подхода высказывается возражение, что, если с помощью такого толкования государства будут поощряться к выработке собственных индивидуальных критериев для приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, то это будет препятствовать достижению целей согласования и унификации внутренних законов.

b) Европейская конвенция 1961 года

133. Приведение в исполнение отмененных арбитражных решений также регулируется в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 год). В соответствии со статьей IX(1), если арбитражное решение отменяется судом государства, где оно вынесено, это является основанием для отказа в приведении в исполнение судом в другом государстве, только если причины для отмены входят в перечень указанных оснований; они по существу совпадают с основаниями, указанными в статье V(1)(a)-(d) Нью-Йоркской конвенции³². Следовательно, в соответствии с Европейской конвенцией

³¹Положения статьи VII(1) Конвенции гласят следующее:

"1. Постановления настоящей Конвенции не затрагивают действительности многосторонних или двусторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, заключенных Договаривающимися Государствами, и 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".

³²Положения статьи IX(1) Европейской конвенции гласят следующее:

"1. Отмена арбитражного решения, подпадающего под действие настоящей Конвенции в одном из государств-участников Конвенции, будет являться причиной отказа в признании и исполнении этого решения в других государствах-участниках настоящей Конвенции только при условии, что отмена арбитражного решения была произведена в Государстве, в котором или по закону которого это решение было вынесено, и лишь по одному из следующих оснований:

a) стороны в арбитражном соглашении были, по применимому к ним закону, в какой-либо мере недееспособны или это соглашение было недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания, по закону страны, где решение было вынесено; или

b) сторона, требующая отмены решения, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

c) указанное решение было вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех,

суд в государстве приведения в исполнение обязан привести арбитражное решение в исполнение, если оно отменено в государстве, где было вынесено, на ином основании, чем те, которые перечислены в статье IX(1) Европейской конвенции. Кроме того, статья IX(2) ограничивает применение статьи V(1)(e) Нью-Йоркской конвенции следующим образом:

"В отношениях между государствами - участниками [Нью-Йоркской конвенции] пункт 1 настоящей статьи ограничивает применение статьи V(1)(e) Нью-Йоркской конвенции случаями, предусмотренными в пункте 1 выше".

c) Типовой закон ЮНСИТРАЛ

134. Статья 36(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ предусматривает основания для отказа в признании или в приведении в исполнение арбитражного решения, которые по сути совпадают с основаниями, предусмотренными в статье V(1) Нью-Йоркской конвенции; в частности, статья 36(1)(v) содержит положение, которое гласит, что в приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если "решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением судом страны, в которой или в соответствии с законом которой оно было вынесено".

135. Статья 34(2) Типового закона предусматривает основания, по которым арбитражное решение может быть отменено; первые четыре основания (в статье 34(2)(a)(i)-(iv)) соответствуют первым четырем основаниям для отказа в признании и приведении в исполнение (в статье 36(1)(a)(i)-(iv), сформулированной по аналогии со статьей V(1)(a)-(d) Нью-Йоркской конвенции). Статья 34(2)(b) также предусматривает, что арбитражное решение может быть отменено, если суд определит, что i) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам государства, в котором оно вынесено, или ii) арбитражное решение противоречит публичному порядку государства, в котором оно вынесено.

d) Принципиальные соображения

136. В свете последних тенденций развития норм прецедентного права ведется более общая дискуссия по вопросу о том, следует ли в принципе считать отмену арбитражного решения в государстве, в котором оно вынесено, абсолютным препятствием для его приведения в исполнение в другом государстве. Ниже резюмируются некоторые аргументы, выдвинутые в ходе дискуссии.

137. "Арбитражное решение более не существует". Согласно одной теории, отмененное арбитражное решение более не существует и поэтому не может быть приведено в исполнение ни в какой другой стране. Однако эта теория подвергается критике на том основании, что существование арбитражного решения - как выражения наличия договора между сторонами - представляет собой вопрос, который не может быть отнесен к исключительной компетенции судов государства, где решение вынесено. В основе этих возражений лежит подход, характерный для большинства вопросов коллизионного права; если суд в надлежащем порядке устанавливает свою юрисдикцию, дело может быть признано правомерным в соответствии с законами этого суда, несмотря на отсутствие правомерности в соответствии с законами другого суда.

138. "Недопустимость несоблюдения Конвенции". Если Конвенция толкуется так, что арбитражное решение, отмененное компетентным органом государства, где оно вынесено, не может быть приведено в исполнение в каком-либо другом государстве, некоторые высказывают опасение, что цели Конвенции не будут достигнуты. Утверждается, что одной из целей Конвенции является освобождение международного

которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может не быть отменена; или

d) состав арбитражной коллегии или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали положениям статьи IV настоящей Конвенции".

арбитражного процесса от господства права места проведения арбитража. Если выбор места проведения арбитража влияет на конечный результат, поскольку для этого места характерны определенные основания для отмены решения, то эта цель не может быть достигнута. Можно предвидеть ситуацию, когда арбитражное решение отменяется по причинам, которые являются необычными или экстремальными. Сторона, в пользу которой было вынесено отмененное арбитражное решение, будет лишена всех средств правовой защиты для исправления такой ситуации, если арбитражное решение нигде не может быть приведено в исполнение. Согласно некоторым точкам зрения, такое толкование статьи V(1)(e) полностью препятствует приведению в исполнение арбитражных решений, отмененных в государстве, где они вынесены, и может привести к тому, что приведение в исполнение иностранных арбитражных решений станет еще более проблематичным, чем в отсутствие Конвенции.

139. "Следует избегать чрезмерного судебного вмешательства". Еще одним аргументом, который, однако, мог бы быть использован сторонниками противоположного мнения, является то, что следует избегать чрезмерного судебного вмешательства в арбитражный процесс. Это говорит и в пользу точки зрения, согласно которой решение об отмене арбитражного решения в государстве, где оно вынесено, не следует представлять на рассмотрение еще одного суда в государстве приведения в исполнение. С другой стороны, это можно также истолковать и в пользу той точки зрения, что в случаях чрезмерного вмешательства со стороны судов в государстве вынесения суд в государстве приведения в исполнение должен иметь возможность не учитывать это судебное решение и привести арбитражное решение в исполнение.

140. "Поиски удобного суда". Предполагается, что если суды в правовых системах, которые не являются местом проведения арбитража, смогут по собственному усмотрению принимать решения в отношении того, отказать или нет в приведении в исполнение арбитражного решения, отмененного судом в государстве вынесения, это может подтолкнуть стороны к выбору тех правовых систем, в которых, как известно, возможность приведения в исполнение более вероятна. Это может также привести к ситуации, когда сторона, в чью пользу вынесено арбитражное решение, может испрашивать приведение в исполнение такого арбитражного решения во всех странах, обладающих юрисдикцией, и тем самым постоянно вводить другую сторону в расходы по оспариванию приведения в исполнение. Иными словами, стороне, против которой несправедливо вынесено арбитражное решение, подлежащее отмене по признанным в международном порядке основаниям, будет невозможно добиться аннулирования, юридически действительного во всем мире.

141. "Res judicata: необходимость избегать несовпадающих результатов". Суд в государстве, где испрашивается приведение в исполнение, может не пожелать вынести определение относительно обоснованности отмены решения судом государства, где оно вынесено. Такое нежелание считается полезным для сохранения взаимного уважения авторитета судебной власти. Отмечается также, что толкование Конвенции, позволяющее суду государства приведения в исполнение по своему усмотрению отказать в приведении в исполнение арбитражного решения, приводит в результате к дублированию судебного контроля. Вопрос о приведении в исполнение арбитражного решения уже решен в суде государства, где оно вынесено; предоставление возможности еще одному суду пересматривать это решение означает, что вопрос, уже решенный одним судом, будет вновь рассматриваться в другом. Как утверждается, это противоречит основным принципам права, а неэффективность данного процесса не соответствует интересам международного коммерческого арбитража. Некоторые также выражают озабоченность тем, что поощрение суда в государстве приведения в исполнение к пересмотру оснований для отмены может привести к противоречащим друг другу судебным решениям. Одно из таких противоречий возникает, когда арбитражное решение отменяется и в результате считается несуществующим в одной правовой системе, но приводится в исполнение в другой правовой системе. Другое, более сложное противоречие может возникнуть, когда после отмены арбитражного решения в государстве, где оно вынесено, но приведения его в исполнение в другом государстве вновь назначенный третейский суд в государстве вынесения примет арбитражное решение, которое по существу отличается от первого арбитражного решения, и это второе решение затем представляется для исполнения в государстве, где было приведено в исполнение первое арбитражное решение. Суд в государстве

приведения в исполнение будет таким образом сталкиваться с просьбами о приведении в исполнение противоположных арбитражных решений. Хотя такие случаи являются, возможно, достаточно редкими, они уже имели место на практике.

142. "Недопустимость невыполнения ожиданий сторон". Можно полагать, что стороны, договорившись о государстве, где должно проводиться арбитражное разбирательство, избрали по собственному выбору законодательство, которым руководствуется конкретный орган; соответственно, можно утверждать, что предоставление судам другого государства возможности пренебрегать отменой решения суда в государстве, где оно вынесено, не будет соответствовать воле сторон. Некоторые даже полагают, что стороны намеренно выбирают такое место проведения арбитража, где арбитражные решения подлежат отмене на основаниях, характерных именно для данной правовой системы, и могут рассчитывать на то, что такие решения не будут пересматриваться судами другого государства. Другие считают, что, скорее всего, стороны арбитражного решения не рассчитывают на специфические или чрезвычайные основания для отмены арбитражного решения.

143. "Отсутствие необходимости в статье V(1)(e)". Было выдвинуто предложение разделить причины для отмены арбитражного решения на категории на основании того, соответствуют ли они принятым международным стандартам. Цель этого заключается в проведении различий между "международными стандартами" и "местными стандартами"³³. Международные стандарты будут включать те, которые соответствуют пунктам (a)-(d) статьи V(1) Конвенции и статьи 34(2)(a) Типового закона ЮНСИТРАЛ. Согласно этому предложению, только отмена решений, основанная на международном стандарте, будет являться причиной для отказа в приведении в исполнение иностранных арбитражных решений; отмена на ином основании не будет препятствовать приведению в исполнение арбитражного решения в другой правовой системе. Как утверждается, такой подход согласуется с целями Конвенции, так как позволяет приводить в исполнение арбитражное решение в любом государстве, если это арбитражное решение не было законно отменено на международно признанных основаниях. Противники такого подхода отмечают, что, если единственным основанием для отказа в приведении в исполнение отмененного арбитражного решения будет его отмена по международно признанным причинам, то подпункт (e) станет излишним. Утверждается, что, поскольку такой итог не соответствовал бы целям Конвенции, подпункт (e) должен предусматривать отдельную причину, по которой суды в государстве приведения в исполнение могут отказать в просьбе привести в исполнение арбитражное решение, которое было отменено.

2. Заключение

144. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли способствовать развитию международного коммерческого арбитража исследование, направленное на разъяснение обстоятельств, при которых, - если они вообще существуют - арбитражное решение, отмененное судом в государстве вынесения, может быть приведено в исполнение в другом государстве.

* * *

³³ Jan Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 9, No. 1 (May 1998).