



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
30 January 2002

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных
Наций по праву международной торговли**
Рабочая группа II (Арбитраж и согласительная процедура)
Тридцать шестая сессия
Нью-Йорк, 4–8 марта 2002 года

Урегулирование коммерческих споров

Подготовка единообразных положений об обеспечительных мерах

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение	1–13	3
I. Исходная информация, касающаяся обеспечительных мер, предусмотренных внутренним законодательством	14–48	6
А. Общие замечания	14–15	6
В. Классификация обеспечительных мер	16–18	7
1. Меры, принимаемые во избежание или для сведения к минимуму вреда, убытков или ущерба	17	7
2. Меры по содействию приведению в исполнение	18	8
С. Полномочие распорядиться о принятии обеспечительных мер для содействия арбитражному разбирательству	19–33	9
1. Полномочие, которым обладают исключительно суды	21	9
2. Полномочие, которым обладает исключительно третейский суд	22–24	10
3. Совпадающие полномочия	25–26	10
4. Последующие полномочия	27	11
5. Полномочие судов предписывать обеспечительные меры является неопределенным	28	11

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
6. Ограничения в отношении полномочий	29–33	11
a) Суды	29–31	11
b) Третейские суды	32–33	12
D. Заявитель ходатайства о принятии обеспечительных мер	34–36	13
E. Виды обеспечительных мер, которые могут быть предписаны	37–41	13
1. Суды	37–40	13
2. Третейские суды	41	15
F. Условия, которые должны быть выполнены для назначения обеспечительных мер	42–43	15
G. Обеспечительные меры, предписываемые судами для содействия иностранному арбитражному разбирательству	44–48	16
II. Работа международных организаций по вопросу о временных мерах	49–71	17
A. Принципы Ассоциации международного права	50–67	18
1. Сфера применения (принципы 1–2)	52	18
2. Возможность принятия временных и обеспечительных мер (принцип 3)	53	18
3. Дискреционный характер решения о назначении обеспечительных мер (принцип 4)	54–55	19
4. Соккрытие активов (принцип 5)	56	19
5. Надлежащая правовая процедура и защита ответчика (принципы 6–8)	57–58	19
6. Доступ к информации об активах ответчика (принцип 9)	59	20
7. Юрисдикция (принципы 10–12, 16, 17)	60–63	20
8. Срок действия обеспечительных мер (принцип 13)	64	21
9. Обязанность представлять информацию (принцип 15)	65	21
10. Трансграничное признание и международная судебная помощь (принципы 18–20)	66–67	22
B. Американский институт права/ЮНИДРУА: проект основных принципов и правил транснациональной гражданско–правовой процедуры	68–70	22
C. Гагская конференция по международному частному праву: проект конвенции о юрисдикции и иностранных судебных решениях по гражданско–правовым и коммерческим вопросам	71	26
III. Возможные положения	72–84	27
A. Обеспечительные меры, предписываемые третейским судом	74	28
B. Обеспечительные меры, предписываемые судом	75–81	30
C. Взаимоотношения между судами и третейскими судами	82	32
D. Приведение в исполнение обеспечительных мер	83–84	32

Введение

1. Комиссии на ее тридцать второй сессии в 1999 году была представлена записка, озаглавленная "Возможная будущая работа в области международного коммерческого арбитража" (A/CN.9/460). Приветствуя возможность обсудить вопрос о целесообразности и возможности дальнейшего развития права в области международного коммерческого арбитража, Комиссия пришла в целом к выводу о том, что настало время оценить обширный и позитивный опыт принятия на национальном уровне Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год, также именуемого в настоящей записке "Типовым законом") и использования Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, а также оценить в рамках универсального форума, каковым является Комиссия, приемлемость идей и предложений о совершенствовании арбитражных законов, регламентов и практики¹.

2. Комиссия поручила эту работу одной из своих рабочих групп, которая была названа Рабочей группой по арбитражу, и постановила, что приоритетными для Рабочей группы должны стать следующие темы: согласительная процедура², требование в отношении письменной формы арбитражного соглашения³, возможность приведения в исполнение обеспечительных мер⁴ и возможность приведения в исполнение арбитражного решения, отмененного в государстве, где оно вынесено⁵.

3. На ее тридцать третьей сессии в 2000 году Комиссии был представлен доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/468). Комиссия с удовлетворением приняла к сведению этот доклад и подтвердила мандат Рабочей группы в отношении принятия решения о времени и способе рассмотрения этих тем, выбранных для будущей работы. В ряде выступлений говорилось о том, что при определении приоритетности будущих пунктов своей повестки дня Рабочая группа, как правило, должна уделять особое внимание тому, что целесообразно и осуществимо, и тем случаям, когда в результате решений судов правовые аспекты ситуации остаются неясными или неудовлетворительными. К числу тем, упоминавшихся в Комиссии в качестве потенциально заслуживающих рассмотрения, помимо тем, которые в качестве таковых может определить Рабочая группа, относятся следующие: значение и последствия положения о наиболее благоприятном праве, содержащегося в статье VII Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года (далее именуемой – "Нью-Йоркской конвенцией") (A/CN.9/468, пункт 109(k)); выдвижение требований в ходе арбитражного разбирательства в целях зачета и юрисдикция третейского суда в отношении таких требований (там же, пункт 107(g)); свобода сторон принимать решение о том, что в ходе арбитражного разбирательства их будут представлять лица по их выбору (там же, пункт 108(c)); остаточные дискреционные полномочия на вынесение постановления о приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от существования каких-либо оснований для отказа, перечисленных в статье V Нью-Йоркской конвенции 1958 года (там же, пункт 109(i)); и полномочия третейского суда по присуждению процентов (там же, пункт 107(j)). С одобрением было отмечено, что в отношении арбитражных разбирательств в режиме "он-лайн" (т.е. таких арбитражных разбирательств, когда значительная часть арбитражных процедур

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

4. На своей тридцать четвертой сессии, проведенной в Вене 25 июня – 13 июля 2001 года, Комиссия с признательностью приняла к сведению доклады Рабочей группы о работе ее тридцать третьей и тридцать четвертой сессий (A/CN.9/485 и A/CN.9/487, соответственно). Комиссия дала Рабочей группе высокую оценку за прогресс, достигнутый к этому моменту по обсуждаемым трем основным вопросам, а именно в том, что касается требования в отношении письменной формы арбитражного соглашения, вопросов, связанных с обеспечительными мерами, и подготовки типового закона о согласительной процедуре.

5. В связи с вопросами, касающимися обеспечительных мер, Комиссия отметила, что Рабочая группа рассмотрела проект текста, в котором пересматривается текст статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, и текст пункта 1(a)(i) проекта новой статьи, подготовленного Секретариатом для включения в Типовой закон (A/CN.9/WG.II/WP.113, пункт 18). Рабочей группе было предложено продолжить свою работу на основе пересмотренных проектов положений, которые должны быть подготовлены Секретариатом.

Принятие обеспечительных мер по предписанию третейского суда

6. На своей тридцать четвертой сессии (21 мая – 1 июня 2001 года) Рабочая группа рассмотрела проект статьи, в котором для третейских судов устанавливается прямое полномочие распорядиться о принятии обеспечительных мер и содержится определение обеспечительных мер, которые могут быть предписаны (A/CN.9/487, пункт 64). Секретариату было предложено подготовить для рассмотрения на одной из будущих сессий альтернативные тексты, где определялись бы условия и обстоятельства, при которых третейский суд может или должен принимать обеспечительные меры. Эти тексты должны быть иллюстративными, а не исчерпывающими, с тем чтобы избежать риска ограничительного толкования. Было предложено перечислить в этом проекте общие категории согласно подходу, который используется в других международных документах, например в Конвенции о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам (Брюссель, 1968 год, и Лугано, 1988 год). Кроме того, было предложено, чтобы в этом типовом законодательном положении содержалась норма, требующая от стороны, запрашивающей принятие обеспечительной меры, предоставления надлежащего обеспечения для приведения этой меры в исполнение.

7. Для оказания Секретариату содействия в его работе в отношении обеспечительных мер, предписанных третейскими судами, был подготовлен и направлен членам третейских судов и адвокатам, участвующим в арбитражном разбирательстве, краткий вопросник в целях сбора информации, касающейся

обеспечительных мер, которые были предписаны в ходе арбитражного разбирательства.

Принятие обеспечительных мер по предписанию суда

8. На своей тридцать второй сессии (Вена, 20–31 марта 2000 года) Рабочая группа рассмотрела в контексте обсуждения обеспечительных мер, которые могут быть предписаны третейским судом, предложение о подготовке единообразных правил для ситуаций, когда одна из сторон арбитражного соглашения обращается в суд с ходатайством о назначении обеспечительной меры (A/CN.9/468, пункты 85–87). Было подчеркнуто, что для сторон особенно важно иметь реальный доступ к такой судебной помощи до учреждения третейского суда, однако даже после учреждения третейского суда у какой-либо стороны могут быть веские основания обращаться в суд за такой помощью. Кроме того, было указано, что такие ходатайства могут подаваться в суды государства, в котором проводится арбитражное разбирательство, или же в суды другого государства.

9. Было отмечено, что в ряде государств не существуют положения, касающиеся полномочия судов предписывать принятие обеспечительных мер в пользу сторон арбитражных соглашений; в результате этого в одних государствах суды не желают предписывать такие обеспечительные меры, тогда как в других государствах нет определенности в отношении того, можно ли и при каких обстоятельствах получить такую судебную помощь. Было указано, что если Рабочая группа решит подготовить единообразные положения по этой теме, то весьма полезными при рассмотрении содержания предлагаемых единообразных положений могут оказаться Принципы АМП о временных и обеспечительных мерах при международных судебных тяжбах, а также материалы подготовительной работы, в результате которой были подготовлены эти Принципы.

10. Рабочая группа приняла к сведению это предложение и решила рассмотреть его на одной из своих будущих сессий.

11. На своей тридцать третьей сессии (Вена, 20 ноября – 1 декабря 2000 года) Рабочая группа рассмотрела итоги подготовительной работы, проведенной Секретариатом по этой теме (см. A/CN.9/WG.II/WP.111, пункты 2–29), и выразила свою поддержку будущей работе по повышению эффективности арбитража в международной торговле. Хотя отмечалось, что данная тема касается судебной процедуры, т.е. той области, в которой согласование традиционно было весьма трудно обеспечить, было указано, что правовая определенность в этой области является целесообразной для надлежащего функционирования международного коммерческого арбитража. Было отмечено, что работа по этой теме должна будет основываться на большом объеме эмпирической информации и что Секретариату следует обратиться к правительствам и арбитражным организациям с просьбой представить такую информацию. Секретариату было предложено подготовить предварительные исследования и предложения на основе полученной информации.

12. Секретариат подготовил краткий вопросник, который был направлен правительствам для получения информации о полномочиях судов предписывать

обеспечительные меры для содействия арбитражному разбирательству и ознакомления с примерами таких мер, которые, возможно, были предписаны.

13. В части 1 настоящей записки кратко излагается информация, полученная в результате обследований по вопросу об обеспечительных мерах, предписываемых как судами, так и третейскими судами. В части 2 кратко излагаются результаты работы, проводимой другими международными организациями в отношении обеспечительных мер, предписываемых судами. В части 3 предлагаются пути возможного рассмотрения некоторых поставленных вопросов на основе итогов обсуждения в Рабочей группе и пересмотренного проекта текста, рассматривавшегося Рабочей группой на ее тридцать четвертой сессии в 2001 году.

I. Исходная информация, касающаяся обеспечительных мер, предусмотренных внутренним законодательством

A. Общие замечания

14. Во многих правовых системах обеспечительные меры играют жизненно важную роль в содействии традиционному процессу судебного разбирательства, а также арбитражу. Суды и третейские суды часто получают от какой-либо стороны арбитражного разбирательства ходатайство о принятии обеспечительных мер. Если такие меры предписаны судом, то они могут быть приняты в отношении одной или обеих сторон в споре или же в отношении третьих сторон. Если такие меры предписаны третейским судом, то они, как правило, не могут быть приняты в отношении третьих сторон. Обеспечительные меры обычно являются временными по своему характеру, охватывая только период времени до вынесения арбитражного решения. В зависимости от такой меры, обстоятельства, оправдывающие ее продолжение, более не являются применимыми с момента вынесения арбитражного решения либо же такая обеспечительная мера включается в это решение. Хотя такие меры обозначаются с помощью различных выражений (обеспечительные меры, предварительные предписания, промежуточные арбитражные решения, охранительные меры и предварительная запретительная мера), они преследуют в основном две цели. Во-первых, они предназначаются для сохранения положения сторон до урегулирования их спора, причем эта функция часто называется "сохранением статус-кво". Вторая цель заключается в обеспечении возможности приведения в исполнение окончательного арбитражного или судебного решения путем сохранения в стране, в которой будет испрашиваться приведение в исполнение, активов или имущества, которые могут использоваться для выполнения такого арбитражного или судебного решения. Нет никаких свидетельств, позволяющих предположить, что эти цели отличаются в контексте международного коммерческого арбитража от целей, которых стремятся достичь в контексте внутреннего разбирательства.

15. При рассмотрении вопроса о том, каким образом могут быть урегулированы некоторые аспекты, касающиеся вынесения судами предписания о принятии обеспечительных мер для содействия арбитражному разбирательству, Рабочая группа, возможно, пожелает отметить важное значение

обеспечения того, чтобы стороны, делающие выбор в пользу урегулирования своих споров с помощью арбитража, не лишались каких-либо прав прибегать к любой обеспечительной мере, какими они располагали бы в случае судебного разбирательства. Такой подход способствовал бы достижению целей обеспечения большей последовательности и большего единообразия.

В. Классификация обеспечительных мер

16. Обеспечительные меры можно подразделить на несколько категорий. Хотя различие между этими категориями мер не всегда является ясным, а конкретные меры могут входить в более чем одну из этих категорий, проведение различия между разными видами мер может способствовать пониманию степени, в которой определенные положения внутреннего законодательства могут ограничивать полномочие предписывать определенные виды мер, например наложение ареста на имущество. Вовсе не предполагается, что единообразные положения, которые будут подготовлены ЮНСИТРАЛ, должны отражать любую такую классификацию или поощрять любое такое ограничение. В широком смысле обеспечительные меры иногда подразделяются на две основные категории, т.е. меры, принимаемые во избежание вреда, убытков или ущерба, и меры, призванные способствовать последующему приведению в исполнение арбитражного решения.

1. Меры, принимаемые во избежание или для сведения к минимуму вреда, убытков или ущерба

17. Такие меры принимаются во избежание или для сведения к минимуму убытков или ущерба путем, например, сохранения определенного состояния дел до урегулирования спора посредством вынесения окончательного арбитражного решения и недопущения вреда, например, посредством сохранения конфиденциальности. Они включают:

- i) предписания о том, что товары, которые являются предметом спора, должны оставаться во владении какой-либо стороны, но сохраняться или удерживаться хранителем (в некоторых правовых системах называемые секвестром);
- ii) предписания о том, чтобы ответчик передал имущество истцу на условии, согласно которому истец создает обеспечение для сохранения стоимости этого имущества, а ответчик может производить исполнительные действия на основании этого обеспечения в том случае, если иск оказывается необоснованным;
- iii) предписания об инспекции на ранней стадии в том случае, когда очевидно, что какая-либо данная ситуация может измениться до рассмотрения третейским судом вопроса, относящегося к ней. Например, если спор касается стоянки судов в порту, но известно, что данный порт станет строительной площадкой, то третейский суд может вынести предписание об инспекции этого порта на ранней стадии;

- iv) предписания о том, чтобы одна сторона предоставила другой стороне определенную информацию, такую как компьютерный код доступа, которая позволила бы, например, продолжить или завершить определенную работу;
- v) предписания о продаже скоропортящихся товаров, с тем чтобы доходы от этого удерживались какой-либо третьей стороной;
- vi) назначение управляющего для регулирования использования приносящих доходы активов, являющихся предметом спора, причем расходы на это должны распределяться по указанию третейского суда;
- vii) предписания о продолжении исполнения контракта, являющегося предметом спора;
- viii) предписания о принятии надлежащих мер во избежание утраты какого-либо права, например путем уплаты сборов, необходимых для возобновления действия торговой марки, или же производства платежа для продления действия лицензии, касающейся программного обеспечения; и
- ix) предписания о сохранении конфиденциальности определенной информации и принятии мер для обеспечения такой конфиденциальности.

2. Меры по содействию приведению в исполнение

18. Такие меры направлены на содействие последующему приведению в исполнение арбитражного решения и включают:

- i) предписания, которые направлены на "замораживание" активов до вынесения решения по спору, а также предписания не перемещать активы или предмет спора за пределы страны и предписания не отчуждать активы в пределах той страны, в которой будет испрашиваться приведение в исполнение арбитражного решения;
- ii) предписания в отношении имущества, принадлежащего какой-либо стороне арбитражного разбирательства, которое находится под контролем какой-либо третьей стороны (например, для предотвращения выдачи банком средств, принадлежащих этой стороне);
- iii) создание обеспечения в отношении оспариваемой суммы, сопряженного, например, с предписанием депонировать определенную сумму денежных средств на конкретно указанный счет, передачей конкретно идентифицированного имущества или предоставлением гарантии каким-либо третьим лицом, таким как банк или учреждение-поручитель; или
- iv) создание обеспечения в отношении арбитражных издержек, которое может потребовать, например, депонирования определенной суммы денежных средств на счет третейского суда или предоставления залога или гарантии, как правило, для покрытия издержек ответчика в том случае, если истец не добивается успеха.

С. Полномочие распорядиться о принятии обеспечительных мер для содействия арбитражному разбирательству

19. Хотя процессуальные нормы законодательства каждого государства могут отличаться друг от друга, процесс обращения в суд с ходатайством о принятии обеспечительных мер может быть сопряжен с рядом шагов по определению как условий, так и степени, в которой суд может быть правомочен распорядиться о принятии обеспечительных мер в связи с международным коммерческим арбитражем. Во-первых, полномочия распорядиться о принятии обеспечительных мер могут быть разделены между третейским судом и внутренними судами. Во-вторых, возникает вопрос о разграничении соответствующей компетенции третейского суда и суда общей юрисдикции, касающейся принятия какой-либо конкретной обеспечительной меры. Вопрос о том, каким образом может быть решена проблема приведения в исполнение обеспечительной меры, также имеет важное значение (эта проблема в настоящее время рассматривается Рабочей группой – см. документ A/CN.9/487, пункты 76–87).

20. В правовых системах используются различные подходы к вопросу об обеспечительных мерах, принимаемых для содействия арбитражному разбирательству, и об учреждении, которое может быть правомочным принимать такие меры. В широком смысле эти подходы применяются в основном в трех категориях случаев: случаи, в которых такие полномочия зарезервированы за судом; случаи, в которых они зарезервированы за третейским судом после его учреждения или начала арбитражного разбирательства; и случаи, когда такими полномочиями обладает и суд, и третейский суд. Кроме того, в законодательстве ряда стран такие полномочия суда конкретно не установлены и в связи с этим не ясно, может ли суд предписать принятие обеспечительных мер для содействия арбитражному разбирательству. В некоторых из этих стран суды тем не менее толкуют отсутствие такого запрета, как разрешение им предписывать принятие такого рода мер. В некоторых федеративных или неунитарных государствах полномочия предписывать обеспечительные меры могут быть разделены между судами различных инстанций, при этом принятие некоторых обеспечительных мер входит в компетенцию государства, провинции или кантона при разной детализации законодательства, действующего в этих субъектах.

1. Полномочие, которым обладают исключительно суды

21. Многие правовые системы в качестве общего принципа признают, что суды могут предписывать обеспечительные меры для содействия арбитражному разбирательству. Полномочие предписывать принятие таких мер зачастую прямо включено в арбитражное или гражданско-процессуальное законодательство, которое может разрешать, чтобы такие меры предписывались судами как до, так и в течение арбитражного разбирательства. В некоторых странах такое законодательство устанавливает, что только суд обладает полномочием предписывать обеспечительные меры, будь то до или после открытия арбитражного разбирательства или учреждения третейского суда⁷. В такое законодательство входят положения, которые прямо исключают для третейского суда возможность предписывать обеспечительные меры, даже если речь идет об

отказе привести в исполнение соглашение сторон о предоставлении третейскому суду полномочия предписывать принятие таких мер.

2. Полномочие, которым обладает исключительно третейский суд

22. Законодательство других стран предусматривает, что полномочием предписывать принятие обеспечительных мер обладает исключительно третейский суд, а суды общей юрисдикции не имеют полномочия предписывать обеспечительные меры для содействия арбитражному разбирательству. Отсутствие у таких судов юрисдикции может быть результатом действия положений, которые отменяют юрисдикцию суда в случае заключения арбитражного соглашения. Такое полномочие третейского суда вытекает из толкования арбитражного соглашения как согласия добиваться окончательного и обязательного урегулирования споров какой-либо беспристрастной третьей стороной, и это согласие не может сосуществовать с правом любой стороны изменять предмет спора таким образом, чтобы исключить принятие третейским судом окончательного и действенного решения или воспрепятствовать этому⁸. Некоторые суды рассматривают наличие действительного арбитражного соглашения как решение сторон полностью исключить юрисдикцию суда, включая полномочие предписывать обеспечительные меры⁹. В соответствии с законодательством некоторых стран, в которых полномочие предписывать обеспечительные меры зарезервировано за третейским судом, суд может, тем не менее, оказывать третейскому суду содействие в интересах сторон арбитражного разбирательства. Такое содействие может включать обеспечение эффективности будущей арбитражной процедуры путем вынесения предписания о безотлагательном принятии мер для подготовки материалов дела или гарантирования приведения в исполнение арбитражного решения.

23. Отсутствие юрисдикции у суда может также обуславливаться тем, что закон конкретно не затрагивает вопрос о принятии обеспечительных мер в период до открытия арбитражного разбирательства или учреждения третейского суда. Третейские судьи могут и не быть в состоянии предписать обеспечительные меры, поскольку третейский суд еще не был учрежден или по той причине, что они не обладают полномочием предписывать принятие конкретных обеспечительных мер.

24. С учетом того, что такое полномочие третейского суда вытекает из соглашения сторон, можно утверждать, что полномочия третейского суда должны сначала определяться путем изучения условий, на которых стороны согласились провести арбитражное разбирательство. Стороны могли согласиться о проведении либо институционального, либо специального арбитражного разбирательства в соответствии с таким установленным сводом правил, как Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. В обоих случаях полномочия третейского суда будут определяться таким установленным сводом правил. Кроме того, вполне может возникнуть необходимость изучить материально-правовые нормы, регулирующие разбирательство, в том случае, когда такие нормы либо отменяют соглашение сторон, либо дополняют его.

3. Совпадающие полномочия

25. В соответствии с третьим подходом третейский суд и суды общей юрисдикции располагают совпадающими полномочиями предписывать принятие

обеспечительных мер, причем стороны принимают решение о том, куда обращаться с ходатайством о принятии таких мер, хотя суд обычно является единственным органом, обладающим полномочием предписывать обеспечительные меры до учреждения третейского суда. В законодательстве некоторых стран, согласно которому такие полномочия совпадают, спектр мер, которые могут быть предписаны судом, иногда является более широким до учреждения третейского суда, чем после его учреждения. Охранительные меры, например, могут быть запрошены до и после учреждения третейского суда, тогда как некоторые меры, преследующие как охранительные, так и исполнительные цели, могут быть предписаны только до учреждения третейского суда.

26. В ряде правил международного арбитража признаются полномочия арбитров предписывать обеспечительные меры и затрагивается разделение полномочий между третейским судом и судом, а также в целом предусматривается, что подача ходатайства в судебный орган после передачи материалов дела в третейский суд или после учреждения третейского суда не является несовместимой с соглашением о проведении арбитражного разбирательства и не считается отказом от такого соглашения¹⁰. Некоторые из этих правил требуют, чтобы заявитель, подавший ходатайство о принятии такой меры, незамедлительно информировал третейский суд о факте подачи ходатайства в суд.

4. Последующие полномочия

27. В соответствии с еще одним подходом полномочия подразделяются между судом и третейским судом путем ссылки на учреждение третейского суда или открытие арбитражного разбирательства. В соответствии с таким законодательством суд обладает полномочием предписывать обеспечительные меры до учреждения третейского суда, но не после того, как такой суд был учрежден, на том основании, что после своего учреждения именно третейский суд должен предписывать обеспечительные меры, если это требуется.

5. Полномочие судов предписывать обеспечительные меры является неопределенным

28. В некоторых правовых системах полномочие судов предписывать обеспечительные меры для содействия арбитражному разбирательству не является определенным, поскольку о нем не говорится прямо ни в арбитражном законодательстве, ни в гражданско-процессуальном законодательстве или правилах. Эти системы требуют соответствующего толкования гражданско-процессуального законодательства, причем некоторые суды основывают свое полномочие такого рода на отсутствии запрета предписывать обеспечительные меры.

6. Ограничения в отношении полномочий

а) Суды

29. В ряде стран суды предпринимали попытки установить пределы своих полномочий в отношении предписывания обеспечительных мер. Постепенно увеличивается число прецедентов, в которых определяются ситуации, когда суд может правомочно вмешаться и поддержать работу третейского суда, не

узурпируя его полномочий. Однако в каждой стране делаются разные выводы, что затрудняет прогнозирование степени, в которой национальный суд может быть готов вмешаться. Как отмечалось выше, суды часто проводят различие между периодом времени до учреждения третейского суда или открытия арбитражного разбирательства и периодом времени после этого¹¹.

30. Другие ограничения полномочия суда предписывать обеспечительные меры относятся к существованию определенных конкретно указанных обстоятельств. Эти обстоятельства могут включать ограничение полномочия суда предписывать обеспечительные меры такими обстоятельствами, при которых речь идет о правах какой-либо третьей стороны, о ходатайстве *ex parte* или же о большей эффективности полномочий суда по сравнению с полномочиями арбитра.

31. Еще одно ограничение, в отношении которого, как представляется, достигнут консенсус, относится к случаю, когда запрашиваемое средство защиты касается существа спора. Законодательство некоторых стран предусматривает, а суды в этих странах приходили к такому выводу, что суд обладает полномочием предписывать обеспечительные меры, но при этом его полномочие не распространяется на обсуждение существа спора или же принятие предварительного решения по существу. Если сторона, обращающаяся с ходатайством о принятии обеспечительной меры, фактически стремится заручиться решением по существу спора, то суды отклоняют такое ходатайство. Согласно некоторым сообщениям, даже в том случае, когда арбитры обладают широкими полномочиями, они неохотно прибегают к этим полномочиям, с тем чтобы не создавать впечатления того, что они принимают решение по существу спора или же в пользу одной из сторон. Как представляется, суды проявляют такое же нежелание использовать свои принудительные полномочия во избежание принятия решения, которое может оказаться преждевременным, т.е. его принятия до полного представления третейскому суду вопросов факта и вопросов права в связи с делом. Суды, как правило, будут избегать причинения ущерба существу дела посредством принятия, например, меры, которая фактически сопряжена с толкованием контракта. Некоторые суды, отказываясь осуществлять свои полномочия в отношении принятия временных мер защиты, сосредоточивают свое внимание на явно выраженном намерении сторон передать свой спор на рассмотрение нейтрального третейского суда на конфиденциальной основе.

в) Третейские суды

32. Ряд ограничений установлены в отношении полномочия третейского суда предписывать обеспечительные меры. Первое ограничение касается момента времени, в который возникает такое полномочие третейского суда (путем ссылки либо на момент учреждения третейского суда или момент передачи материалов дела третейскому суду, либо на какой-то другой момент времени, определяемый в законодательстве или в применимых арбитражных правилах). Это полномочие может возникнуть в определенный момент времени после возникновения спора и после того, как может потребоваться принятие обеспечительной меры.

33. Второе ограничение заключается в том, что третейский суд сам по себе не обладает полномочиями в отношении приведения в исполнение и с ходатайством о приведении в исполнение меры, предписанной третейским судом, следует обращаться в суды. Третье ограничение состоит в том, что арбитр или

третейский суд не обладает полномочиями связывать обязательством любое лицо, не являющееся стороной арбитражного разбирательства, и таким образом не может предписывать принятие меры в отношении любого третьего лица.

D. Заявитель ходатайства о принятии обеспечительных мер

34. В том случае, если суд обладает исключительными полномочиями, существуют два разных подхода к вопросу о том, кто может обращаться в суд с ходатайством о принятии обеспечительных мер для содействия арбитражному разбирательству. Законодательство некоторых стран требует, чтобы в суд обращался третейский суд или арбитр (любой стороне арбитражного разбирательства это прямо запрещено), но, как правило, именно какая-либо сторона арбитражного разбирательства будет являться таким заявителем. С ходатайством о принятии обеспечительной меры будет обращаться в третейский суд именно сторона арбитражного разбирательства.

35. Законодательство многих стран предусматривает возможность подачи ходатайств о принятии обеспечительных мер *ex parte* при условии, что заявитель предоставляет обеспечение на случай возникновения ущерба, если впоследствии будет определено, что такое предписание не должно было быть вынесено. Для того чтобы добиться принятия обеспечительной меры *ex parte*, заявитель чаще всего должен доказать требуемую безотлагательность, т.е. то, что возникнет невосполнимый ущерб в том случае, если заявитель должен будет добиваться запрашиваемой меры на основе обычных процедур, требующих заблаговременного направления уведомления. В исключительных случаях законодательство некоторых стран допускает отказ от требования создать обеспечение. Если принятие обеспечительных мер испрашивается до учреждения третейского суда, то, как требует законодательство некоторых стран, арбитражное разбирательство должно быть начато в течение установленного срока, который может быть разным и составлять несколько дней или несколько месяцев.

36. Если в принятии обеспечительных мер отказано, то законодательство ряда стран позволяет заявителю обжаловать этот отказ с разрешения суда или без такового. Законодательство других стран просто отказывает в праве на обжалование.

E. Виды обеспечительных мер, которые могут быть предписаны

1. Суды

37. В различных правовых системах обеспечительные меры характеризуются по-разному и при этом используются различные классификации. Хотя часто используются термины "временные и охранительные меры", различие между этими двумя понятиями не всегда является ясным, равно как и нет общепризнанной классификации обеспечительных мер. Однако это различие может иметь важное значение, поскольку законодательство некоторых стран разрешает судам предписывать один вид мер, но не предписывать другой вид, или же проводит различие между такими двумя видами мер с точки зрения того, какие предписания могут быть вынесены до и после учреждения третейского

суда (см., например, пункт 25 выше). Кроме того, в различных странах применяются разные подходы к сфере действия и разнообразию обеспечительных мер, которые могут быть предписаны судом для содействия арбитражному разбирательству, и может проводиться различие между мерами, которые могут быть предписаны для содействия внутреннему и иностранному арбитражному разбирательству (см., например, пункт 45 ниже, сноска 17).

38. Судами могут быть предписаны разные виды мер. Предписания в отношении имущества какого-либо юридического лица, которые предлагают какому-либо органу изъять такое имущество или взять его под свой контроль, и предписания, принуждающие какую-либо сторону совершить конкретно указанное действие или воздержаться от этого, как представляется, касаются наиболее часто предписываемых видов мер. Однако в ряде случаев при обсуждении общее понятие обеспечительных мер призвано включать любые процессуальные меры или меры, касающиеся управления арбитражным процессом, которые могут быть приняты.

39. В арбитражном законодательстве некоторых стран перечислены виды конкретных мер, которые могут быть приняты, тогда как в законодательстве других стран они описываются с помощью ссылки на общую формулировку, например на меры, которые являются "охранительными или превентивными и в конкретном плане достаточными для обеспечения действия подвергающегося угрозе права". В некоторых случаях, когда такие меры не перечислены в арбитражном законодательстве, обеспечительные меры в арбитражном контексте обладают таким же статусом, что и другие состязательные вопросы под надзором суда, как это предусматривается в гражданско-процессуальном законодательстве и правилах суда.

40. Несмотря на различия в терминологии, стандартные виды мер, которые широко применяются судами для содействия арбитражному разбирательству, обычно включают:

- a) предписания об охране имущества, являющегося предметом спора, или защите определенных прав неденежного характера, причем эти предписания, как правило, адресованы сторонам в споре (в некоторых странах они называются "наложением ареста на имущество");
- b) предписания, исключающие перемещение какой-либо стороной активов или денежных средств, удерживаемых данной стороной или переданных какой-либо третьей стороне (в некоторых странах называемые "судебными запретами");
- c) сохранение, хранение или продажу скоропортящихся товаров;
- d) предписания, требующие от какой-либо стороны сохранять товары, находящиеся в ее владении (в некоторых странах называемые "секвестром");
- e) предписания об осмотре имущества;
- f) назначение управляющего имуществом, которое не должно находиться во владении какой-либо стороны до урегулирования спора;

g) предписания, требующие от какой-либо стороны создать обеспечение для покрытия издержек другой стороны, в случае, если подача иска не принесет успеха.

2. Третейские суды

41. В соответствии со статьей 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже законодательство многих стран ограничивает виды обеспечительных мер, которые могут быть предписаны третейским судом, требуя, чтобы любая такая мера принималась "в отношении предмета спора". В связи с этим можно напомнить, что статья 17 Типового закона была сформулирована с учетом статьи 26 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, которая предусматривает, что третейский суд, по просьбе любой из сторон, 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". Содержащаяся в этих текстах ссылка на "предмет спора" и примеры, приведенные в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ в отношении продажи скоропортящихся товаров, в целом не понимаются как ограничивающие полномочие третейского суда предписать любой вид обеспечительных мер, который он считает надлежащим. Однако такие ссылки на "предмет спора" и на "сохранение товаров, являющихся предметом спора" позволили по меньшей мере одному специалисту предположить, что предусматриваемые меры относятся к сохранению или продаже товаров, а не к предупреждению передачи активов в другую страну. По сравнению с этим формулировка, используемая в Регламенте МТП, которая позволяет третейскому суду "вынести предписание о принятии любой временной или охранительной меры, какую он сочтет надлежащей", рассматривается как, возможно, предоставляющая более широкие дискреционные полномочия. Регламент ААА также, возможно, является более широким, поскольку он позволяет третейскому суду "принимать любые обеспечительные меры, которые он сочтет необходимыми" и не содержит какой-либо ссылки на предмет спора. Пересмотренный вариант текста статьи 17 Типового закона может предусматривать такой случай, с тем чтобы устранить любое неправильное понимание либо путем изменения формулировки этого положения, либо путем включения соответствующих пояснений в руководство по принятию.

Е. Условия, которые должны быть выполнены для назначения обеспечительных мер

42. Законодательство многих стран устанавливает ряд предварительных условий назначения обеспечительных мер судами для содействия арбитражному разбирательству, причем наиболее общими из них являются условия о том, чтобы:

а) заявитель предоставил надлежащее обеспечение в отношении ущерба, который может быть причинен в результате вынесения предписания;

- b) существовала безотлагательная необходимость в принятии запрашиваемой меры;
- c) заявитель, испрашивающий принятие меры, показал, что значительный ущерб возникнет в случае, если обеспечительная мера не будет предписана, причем этот ущерб, как правило, называется "невосполнимым" или "существенным" ущербом¹²; и
- d) во многих странах существовала вероятность того, что заявитель добьется успеха по существу основного дела.

43. Предварительные условия назначения обеспечительных мер третейским судом зависят от применимых норм права и правил, регулирующих арбитражное разбирательство. Предварительные условия предписывания обеспечительных мер, как правило, изложены в применимых нормах права, хотя и нет единообразия в этой области, а соответствующие нормы и правила не детализируют каким-либо образом такие предварительные условия даже в том случае, если обеспечительные меры, возможно, будут иметь далеко идущие последствия. Во многих международных правилах третейскому суду предоставляются широкие дискреционные полномочия по определению того, является ли запрашиваемая обеспечительная мера надлежащей¹³ или необходимой¹⁴. Типичные предварительные условия включают условие о том, чтобы вопрос, который требуется урегулировать с помощью обеспечительной меры, требовал безотлагательного вмешательства, чтобы существовала опасность, грозящая предмету спора, чтобы существовала вероятность причинения невосполнимого вреда или же серьезного или фактического ущерба, если запрашиваемая мера не будет предписана, чтобы не было возможности воспользоваться каким-либо другим средством защиты и чтобы в связи с этим было предоставлено обеспечение¹⁵.

G. Обеспечительные меры, предписываемые судами для содействия иностранному арбитражному разбирательству

44. В связи с международным спором, когда обеспечительные меры запрашиваются в иной стране, чем страна, в которой происходит арбитражное разбирательство, возникает вопрос о юрисдикции: обладают ли национальные суды юрисдикцией в отношении принятия обеспечительных мер для содействия иностранному арбитражному разбирательству и на каких основаниях? В качестве общего принципа существует большая вероятность того, что форма обеспечительных мер по отношению к конкретно указанному имуществу или к какой-либо третьей стороне, удерживающей это имущество, будет территориально ограничена в отличие от судебного запрета, установленного в отношении этой стороны. Судебный запрет в отношении стороны будет действовать независимо от того, где находится такое имущество.

45. В различных странах используются разные подходы к вопросу о мерах, принимаемых для содействия иностранному арбитражному разбирательству. Законодательство некоторых стран разрешает обращение в суд не только в тех случаях, когда арбитражное разбирательство происходит в стране суда, но и в тех случаях, когда арбитражное разбирательство осуществляется за пределами данной страны. Такое законодательство, как правило, указывает на то, что

необходимо быть в состоянии привести в исполнение такую меру в пределах страны суда, предписывающего ее принятие, например требование о том, чтобы активы находились на ее территории (будь то резидента или нерезидента)¹⁶, или же оно может требовать присутствия ответчика при подаче ходатайства о принятии обеспечительных мер¹⁷. Например, в некоторых странах законодательство требует, чтобы суд обладал юрисдикцией в отношении ответчика до того, как какая-либо обеспечительная мера может быть предписана или приведена в исполнение.

46. Другие примеры условий, устанавливаемых законодательством некоторых стран при принятии обеспечительных мер для содействия иностранному арбитражному разбирательству, включают следующее: возможность приведения в исполнение иностранного арбитражного решения в данной стране суда, предписывающего такую меру¹⁸; полное раскрытие информации о существовании арбитражного соглашения¹⁹; подача третейским судом ходатайства о принятии какой-либо обеспечительной меры; или выполнение условий, установленных законодательством страны, в которой испрашивается такая мера²⁰. Законодательство содержит также положение, предусматривающее, что обеспечительные меры, которые должны быть приведены в исполнение за пределами страны, могут быть предписаны только в том случае, если существует вероятность того, что они будут приведены в исполнение в какой-либо зарубежной стране.

47. Однако во многих странах законодательство не предусматривает, что такого рода помощь может быть оказана местными судами. В законодательстве некоторых стран ходатайство в судах о принятии защитительных мер может быть удовлетворено только тогда, когда в данный суд уже было подано ходатайство о принятии решения по существу дела, что, несомненно, является невозможным в случае существования арбитражного соглашения. В законодательстве других стран суд может предписать защитительные меры в случаях, когда арбитражное разбирательство происходит в пределах страны этого суда, но не за рубежом²¹.

48. В еще одной категории стран этот вопрос прямо не урегулирован либо потому, что соответствующее законодательство его не затрагивает, либо потому, что не было сообщений о делах, в связи с которыми испрашивалось такое предписание²².

II. Работа международных организаций по вопросу о временных мерах

49. Вопросы, касающиеся возможности применения, эффективности и приведения в исполнение обеспечительных мер на международном уровне, явились предметом деятельности ряда различных международных организаций, причем некоторые из них в настоящее время разрабатывают тексты, которые включают положения об обеспечительных мерах.

А. Принципы Ассоциации международного права

50. На своей 67-й конференции в 1996 году Ассоциация международного права (АМП) приняла "Принципы о временных и обеспечительных мерах при международных судебных тяжбах"²³ ("Принципы АМП"), которые были подготовлены группой экспертов под эгидой АМП (Принципы воспроизводятся дословно в пункте 108 документа A/CN.9/WG.II/WP.108).

51. Принципы АМП стремятся к установлению для оказания помощи тем, кто проводит правовую реформу как на национальном, так и на международном уровнях, правил общего применения, касающихся осуществления судами независимой юрисдикции в отношении принятия временных и обеспечительных мер с целью обеспечения наличия активов, за счет которых может выполняться окончательное судебное решение²⁴. Принципы разрабатывались с учетом "типичного случая принятия мер по "замораживанию" активов ответчика в форме денежных сумм, депонированных на банковский счет в банке третьей стороны"²⁵. АМП рекомендовала эти Принципы для возможного использования ЮНСИТРАЛ и Гаагской конференцией по международному частному праву, а также в ходе национальных законодательных реформ²⁶. Вместе с тем следует отметить, что эти Принципы разрабатывались с учетом особенностей международных судебных тяжб в противопоставлении обеспечительным мерам, предписываемым судом для содействия международному арбитражному разбирательству. Тем не менее ряд затронутых в них вопросов имеют отношение к любому рассмотрению обеспечительных мер, предписываемых судами для содействия арбитражному разбирательству. Эти Принципы кратко излагаются ниже.

1. Сфера применения (принципы 1–2)

52. В Принципах цели временных мер при гражданских и коммерческих тяжбах разделены на две категории: а) сохранение статус-кво до разрешения вопросов в суде; или б) сохранение активов, за счет которых может быть исполнено окончательное решение. Такое различие обычно проводится в рамках национальных правовых систем и отражает необходимость наличия различных видов судебной защиты (классификация обеспечительных мер по различным категориям рассматривается в пункте 63 документа A/CN.9/WG.II/WP.108 и в пунктах 16–18 выше). Как указано выше, в Принципах основное внимание уделяется мерам, относящимся к категории (b), лишь потому, что такие меры являются общедоступными и, следовательно, могут служить примером сравнительного анализа.

2. Возможность принятия временных и обеспечительных мер (принцип 3)

53. При применении в контексте арбитражного разбирательства Принципы, как представляется, подразумевают желательность того, чтобы обеспечительные меры были доступными как для иностранцев, так и граждан соответствующего государства в отношении арбитражных разбирательств, проводимых как в стране суда, предписывающего такие меры, так и за рубежом. (Как отмечалось при рассмотрении результатов обследования выше, установлена разная практика в отношении возможности принятия обеспечительных мер для содействия иностранному арбитражному разбирательству.)

3. Дискреционный характер решения о назначении обеспечительных мер (принцип 4)

54. Средства судебной защиты предоставляются, как правило, по усмотрению суда, а не являются обязательными и подпадающими под действие определенных конкретных соображений. Такие соображения могут включать в себя, например, рассмотрение *prima facie* существа дела заявителя и относительных последствий для сторон, если средство судебной защиты предоставляется или отклоняется.

55. Прецедентное право в ряде стран свидетельствует о том, что суды не готовы предписывать меры судебной защиты в любой ситуации, которая сопряжена с предварительным рассмотрением существа дела. Готовность суда предписывать обеспечительные меры обычно в большой степени зависит от степени срочности таких мер и потенциального ущерба для заявителя в случае отказа в назначении таких мер. Если очевидно, что заявитель не стремится воспрепятствовать арбитражному разбирательству, то, как представляется, вероятность предписывания таких мер судом возрастает, и суд будет избегать рассмотрения вопросов существа.

4. Соккрытие активов (принцип 5)

56. В Принципах признается, что ответчик не должен иметь возможность сокрытия своих активов путем перевода их, например, в корпоративную или доверительную собственность, оставаясь при этом фактическим собственником или бенефициаром активов. Комитет АМП, изложив общий принцип, отметил сложный характер данной проблемы, требующий проведения дальнейших исследований и обсуждений.

5. Надлежащая правовая процедура и защита ответчика (принципы 6–8)

57. Хотя не всегда может представиться возможным заблаговременно уведомить ответчика о ходатайстве в отношении вынесения предписания об обеспечительных мерах, особенно в том случае, если важное значение имеет элемент неожиданности, как правило, ответчик имеет право на получение оперативной информации о запрашиваемой мере. В Принципах подчеркивается, что ответчик должен иметь возможность быть заслушанным в течение разумного срока и выдвинуть возражения против временных и обеспечительных мер.

58. В качестве еще одной гарантии для ответчика суд может нуждаться в полномочии потребовать от истца обеспечения или выполнения иных условий (например, в форме обязательства истца обеспечить возмещение ответчику, если обеспечительные меры оказываются неоправданными) за нанесение ответчику или третьим сторонам ущерба, который может быть причинен в результате вынесения предписания, в частности, тогда, когда такое предписание является необоснованным или имеет слишком общий характер. Если обязательство возместить ущерб оказывается недостаточным и суд рассматривает вопрос о вынесении предписания относительно обеспечения, право истца удовлетворить требование о возмещении такого ущерба может увязываться с еще одним соображением. Вид запрашиваемых мер обычно определяет условия, связанные с обеспечительной мерой²⁷.

6. Доступ к информации об активах ответчика (принцип 9)

59. В некоторых странах истец может рассчитывать лишь на ограниченные средства судебной защиты в области доступа к информации об активах ответчика, и истец может и не иметь юридического права, например, на получение от третьей стороны информации об активах, которые ответчик хранит в банке. В рамках других правовых систем предусмотрено более широкое предоставление дополнительной информации. Как указано в Принципах АМП, в основе этих двух различных позиций лежат важные не совпадающие между собой концепции правопорядка; например, необходимость предоставления информации в первую очередь в случаях мошенничества, с тем чтобы истец имел возможность эффективно отследить и возратить активы, и, с другой стороны, важное значение сохранения банковской тайны и права на частный характер личных финансовых вопросов.

7. Юрисдикция (принципы 10-12, 16, 17)

60. Ограничением при вынесении предписания об обеспечительных мерах для содействия иностранному разбирательству может быть требование, согласно которому местный суд, в который подается ходатайство, должен обладать юрисдикцией в отношении основного спора. В ряде стран, например, предписание о некоторых обеспечительных мерах может быть вынесено лишь в том случае, если разбирательство по существу вопроса ведется или может вестись в суде в рамках такой юрисдикции или в третейском суде в пределах такой юрисдикции. В других случаях предписание об обеспечительных мерах в поддержку иностранного судебного разбирательства может быть вынесено только в отношении группы стран-участников соответствующих конвенций (например, Брюссельской конвенции 1968 года). В некоторых же других случаях оно будет применяться к иностранному судебному разбирательству в любой стране мира, и при этом нет необходимости того, чтобы закон устанавливал какую-либо основу, на которой суд страны, в которой подается иск в отношении мер судебной защиты, мог бы оценивать юрисдикцию в отношении основных вопросов иска. В таких государствах суды отмечают, что средства судебной защиты не должны ограничиваться исключительными случаями²⁸ при условии, что соответствующие предписания выносятся не в порядке упрощенного производства или без тщательного рассмотрения. Во внимание могут приниматься, в частности, следующие соображения: могут ли обеспечительные меры затруднить или воспрепятствовать рассмотрению данного дела судом, где ведется основное производство; возникает ли риск вынесения противоречивых, параллельных или непоследовательных предписаний другими судами; или случаи, когда в суд первой инстанции было направлено ходатайство в отношении мер судебной защиты, но был получен отказ.

61. В Принципах АМП предлагается, чтобы основанием для юрисдикции служило само наличие активов, при соблюдении соответствующих условий. Эти условия предусматривают, что наличие активов (или фактически вынесение предписания об обеспечительных мерах в отношении таких активов) не должно использоваться в качестве основания для установления более общей основной юрисдикции. Такое условие отражает общую позицию ряда различных стран; истец несет обязательство возбуждать иск по существу дела в разумный срок либо в местном суде, либо в иностранном суде, и должна существовать разумная

возможность признания любого решения, принятого иностранным судом, местным судом, выносящим предписание о временных мерах судебной защиты.

62. Если суд надлежащим образом обладает юрисдикцией в отношении рассмотрения вопроса по существу, то характерной особенностью права многих стран является широкое разнообразие предписаний, которые могут быть вынесены в адрес лично ответчика. Суд может иметь право выносить предписания о временных и обеспечительных мерах, предусматривающих, что лично ответчик замораживает свои активы независимо от их местонахождения или физического наличия в пределах юрисдикции.

63. Если же суд не обладает юрисдикцией в отношении рассмотрения вопроса по существу и обладает юрисдикцией лишь в отношении вынесения предписания о временных и обеспечительных мерах, то необходимо проявлять осторожность. Юрисдикцию суда потребуется, возможно, ограничить активами, находящимися в пределах его юрисдикции, в частности для обеспечения защиты третьих сторон от коллизии юрисдикций, которая может возникнуть в ином случае. В соответствии с международным правом местонахождение активов будет определяться национальными нормами (включая нормы коллизионного права).

8. Срок действия обеспечительных мер (принцип 13)

64. Временные и обеспечительные меры должны действовать в течение установленного ограниченного срока. Этот принцип связан с правом ответчика быть заслушанным. Он также может иметь важное значение, если запрашиваемые меры носят противоречивый характер, например меры *ex parte*, или если продление срока действия обеспечительных мер может быть особо обременительным для ответчика. В случае мер *ex parte* требование, согласно которому истец должен вновь обращаться в суд для возобновления принятия мер, предоставит ответчику право быть заслушанным. Затем суд может рассмотреть вопрос о возобновлении принятия мер в свете развития событий в третьей инстанции, где ведется разбирательство по существу.

9. Обязанность представлять информацию (принцип 15)

65. Лицо, ходатайствующее о временных и обеспечительных мерах, должно оперативно сообщать третьей инстанции о предписаниях, вынесенных по ходатайству заявителя. Важное значение имеет также требование о том, чтобы заявитель информировал суд, к которому он обращается с ходатайством вынести предписание об обеспечительных мерах, о ходе арбитражного разбирательства по существу дела и о производстве в отношении временных и обеспечительных мер в других государствах (обязанность представлять информацию рассматривается в контексте приведения в исполнение обеспечительных мер в документе A/CN.9/WG.II/WP.110, пункт 64).

10. Трансграничное признание и международная судебная помощь (принципы 18-20)

66. Хотя речь не идет о стремлении установить обязательство признавать предписания, вынесенные в других государствах, поощрение сотрудничества в вынесении дополнительных местных предписаний может обеспечивать

ощутимые результаты с точки зрения как признания, так и судебной помощи. По просьбе одной из сторон, суд может принять во внимание предписания, вынесенные в других государствах. Кроме того, в случае необходимости суд может сотрудничать для обеспечения эффективности предписаний, вынесенных другими судами, и рассматривать вопрос о соответствующих местных средствах судебной защиты.

67. Тот факт, что предписание носит скорее предварительный, а не окончательный характер, сам по себе не должен служить препятствием для сотрудничества или даже признания и приведения в исполнение (вопрос о приведении в исполнение обеспечительных мер рассматривается в документах A/CN.9/WG.II/WP.110, пункты 52–80; A/CN.9/WG.II/WP.113, пункты 17–18; и A/CN.9/487, пункты 64–87).

В. Американский институт права/ЮНИДРУА: проект основных принципов и правил транснациональной гражданско-правовой процедуры

68. Этот проект является совместным проектом по разработке процессуальных правил, которые какая-либо страна может принять в целях разрешения споров, вытекающих из международных сделок. Проекты принципов призваны служить руководством по толкованию проектов правил и могут быть приняты в качестве принципов толкования. Они также могут быть приняты в качестве руководящих принципов, касающихся толкования действующих национальных процессуальных кодексов. В связи с этим проекты правил могут рассматриваться в качестве иллюстративных примеров, касающихся принципов. Пересмотренный в ноябре 2001 года текст проектов основных принципов содержит следующие принципы, касающиеся временных мер:

"3.3 Юрисдикция может осуществляться на основе секвестра имущества, находящегося в государстве суда, но только в том случае, если не имеется другого разумно приемлемого суда.

3.4 Временные меры могут быть назначены в отношении имущества, находящегося в государстве суда, даже в том случае, если суды другого государства обладают юрисдикцией в отношении спора.

4.3 От какого-либо лица не следует требовать создания обеспечения в отношении издержек или гражданско-правовой ответственности в связи с временными мерами лишь по той причине, что данное лицо не проживает в государстве суда. В любом случае обеспечение в отношении издержек не должно ограничивать доступ к правосудию.

26.1 Должны быть установлены процедуры, касающиеся безотлагательного, ускоренного, эффективного и действенного использования временного средства правовой защиты, а также исполнения решения о присуждении денежных средств, включая покрытие издержек, или решения об установлении запрета, вынесенного в ходе разбирательства согласно настоящим Принципам.

27.1 Окончательное решение или временное средство правовой защиты, определенные в ходе разбирательства согласно настоящим Принципам, а

также возможность его эффективного приведения в исполнение должны пользоваться таким же признанием в государстве суда и в других государствах, как и другие решения или временные средства правовой защиты, определенные судом.

28.1 Суды государства, которое признало настоящие Принципы, должны обеспечивать содействие судам любого другого государства, ведущим разбирательство согласно настоящим Принципам, включая предписание о принятии обеспечительных или временных мер, или оказывающим содействие в выявлении, сохранении или предъявлении доказательств, имеющих прямое отношение к этому".

69. В подготовленном в ноябре 2001 года варианте текста проектов правил содержатся следующие положения (с комментариями) об обеспечительных мерах:

"17.1 В соответствии с правом суда и при условии соблюдения применимых международных конвенций суд может вынести решение о запрете для пресечения или истребования соответствующих действий любого лица, на которое распространяются полномочия суда, когда это необходимо для сохранения статус-кво или предотвращения причинения невосполнимого ущерба до начала судебного процесса. Степень применения такого средства судебной защиты регулируется принципом соразмерности.

17.1.1 Суд может вынести такое решение о запрете, до того как противоположная сторона получит возможность дать ответ, только на основании доказательств, указывающих на безотлагательную необходимость и преобладание соображений справедливости в поддержку такой меры. Сторона или лица, на которых направлен данный запрет, имеют возможность как можно скорее дать ответ в отношении целесообразности установления такого запрета.

17.1.2 Суд может после заслушивания заинтересованных сторон установить, отменить, возобновить или изменить запрет.

17.1.3 Истец несет ответственность за предоставление полного возмещения лицу, в отношении которого установлен запрет, если выясняется, что данный запрет был установлен необоснованно.

17.1.4 Суд может потребовать от лица, обратившегося с ходатайством о принятии обеспечительных мер, предоставления залога или принятия на себя обязательства по выплате возмещения лицу, в отношении которого установлен запрет.

17.2 Запрет может препятствовать лицу, в отношении которого суд обладает юрисдикцией, передавать имущество или активы, где бы они не находились, до завершения судебного разбирательства и требовать от какой-либо стороны незамедлительно раскрыть местонахождение ее активов, в том числе активов под ее контролем, а также лиц, личность или местопребывание которых имеет значение.

17.3 Если имущество или активы находятся за рубежом, то признание и приведение в исполнение запрета согласно предыдущему подразделу регулируется правом страны, в которой находится это имущество или активы, и посредством установления запрета компетентным судом данной страны.

34.2 Предписание суда первой инстанции об установлении запрета или отказе в этом, испрашиваемое согласно правилу 17, подлежит незамедлительному рассмотрению в порядке надзора. Запрет действует в течение срока проведения такого рассмотрения, если только осуществляющий его суд не выносит предписания об ином".

70. В комментариях к правилам говорится следующее:

"С-17.1 Термин "запрет" означает предписание, требующее или запрещающее совершение конкретно указанного деяния, например, сохранение имущества в его нынешнем состоянии. Правило 17.1 уполномочивает суд выносить предписание о запрете, которое может быть либо позитивным, т.е. требовать совершения какого-либо деяния, либо негативным, т.е. запрещать совершение определенного деяния или действий. Возможность применения других временных средств правовой защиты или обеспечительных мер, например, наложения ареста на имущество или секвестра, должна определяться законом суда, в том числе на основании применимых принципов международного права.

С.-17.2 Правило 17.1.1 уполномочивает суд выносить предписание о запрете без уведомления лица, против которого оно направлено, если такие действия оправдываются безотлагательной необходимостью. "Безотлагательная необходимость", требуемая в качестве основы для запрета *ex parte*, представляет собой практическое понятие, равно как и понятие преобладания соображений справедливости. Последний термин соответствует понятию общего права "баланс справедливых требований". Соображения справедливости включают обоснованность существа предъявленного иска, безотлагательность необходимости принятия временного средства правовой защиты и практическое бремя, которое может возникнуть в результате предоставления этого средства правовой защиты. Такого рода запрет обычно известен как запрет *ex parte*. В процессуальных нормах общего права такое предписание, как правило, называется "временным запретительным предписанием".

При рассмотрении ходатайства об установлении запрета *ex parte* вопрос для суда заключается в том, доказал ли истец разумным и конкретным образом, что такое предписание требуется для предотвращения необратимого ухудшения ситуации, которая должна быть затронута в ходе судебного разбирательства, и что было бы неблагоприятным отложить вынесение предписания до заслушивания противоположной стороны. Бремя обоснования установления запрета *ex parte* несет та сторона, которая ходатайствует об этом. Вместе с тем как можно скорее должна быть предоставлена противоположной стороне или лицу, которое может затрагивать такой запрет, возможность быть заслушанным.

С-17.3 Правила процедуры или этики обычно требуют, чтобы сторона, ходатайствующая об установлении запрета *ex parte*, полностью раскрыла

суду все аспекты сложившегося положения, включая те аспекты, которые являются благоприятными для противоположной стороны. Нераскрытие таких данных является основанием для отмены запрета и может быть основанием для возникновения гражданско-правовой ответственности запрашивающей стороны в связи с возможным ущербом.

С-17.4 Как указывается в правиле 17.1.2, если суд отказывается установить запрет *ex parte*, он может, тем не менее, вынести предписание о запрете после проведения слушаний. Если суд ранее вынес предписание о запрете *ex parte*, то он может возобновить или изменить свое предписание с учетом вопросов, которые стали известными во время слушаний. Бремя доказывания обоснованности запрета лежит на истце.

С-17.5 Правило 17.1.4 уполномочивает суд потребовать предоставления залога или иного возмещения в качестве меры защиты от неудобств и ущерба, которые могут возникнуть в результате такого запрета. Конкретные особенности такого рода возмещения должны определяться посредством ссылки на общее право суда.

С-17.6 Правило 17.2 разрешает суду не допускать передачи имущества, находящегося за пределами государства суда, и требовать раскрытия информации об активах стороны. В законодательстве Соединенного Королевства это называется "запретом Марева". Брюссельская конвенция требует признания такого запрета сторонами, подписавшими данную Конвенцию, поскольку такого рода запрет представляет собой судебное решение. Этот подраздел также уполномочивает суд потребовать при установлении запрета раскрытия информации об идентификационных данных и местопребывании лиц для содействия приведению в исполнение возможного решения.

С-17.7 Правило 34.2 предусматривает рассмотрение в порядке надзора предписания об установлении предварительного запрета или об отказе в этом в соответствии с процессуальными нормами суда. Такое рассмотрение третейским судом второй инстанции регулируется в различных системах по-разному; поэтому здесь излагается лишь общий принцип, предусматривающий непосредственное рассмотрение в порядке надзора. Гарантия проведения такого рассмотрения является особенно необходимой тогда, когда запрет был установлен *ex parte*. Вместе с тем следует также признать, что такое рассмотрение может повлечь за собой потерю времени или процессуальные злоупотребления.

С-17.8 Правило 17.3 касается предварительного запрета в отношении имущества или активов, находящихся в другой стране. В ходе транснациональной судебной тяжбы имущество или активы, возможно, потребуются "заблокировать" или "раскрыть" в иной стране, чем страна суда, обладающего юрисдикцией по этому делу. Еще одна проблема касается приведения в исполнение такого запрета. Вопрос о том, следует ли признавать такой судебный запрет, зависит от норм и принципов права страны, в которой находится такое имущество или активы.

С-34.2 Правило 34.2 допускает *pendente lite* промежуточное рассмотрение в порядке обжалования предписаний об установлении запрета или отказе в этом. См. правило 17. Такой запрет сохраняет свое

действие в течение проведения рассмотрения, если только проводящий его суд не выносит распоряжения об ином. Суд может определить, что срок действия запрета должен истекать или же его действие должно быть прекращено, если это оправдывают сложившиеся обстоятельства".

С. Гагская конференция по международному частному праву: проект конвенции о юрисдикции и иностранных судебных решениях по гражданско–правовым и коммерческим вопросам

71. Промежуточный текст, подготовленный Постоянным бюро и содокладчиками на основе итогов обсуждения в Комиссии II первой части Дипломатической конференции (6–20 июня 2001 года), содержит ряд альтернативных положений, затрагивающих временные и обеспечительные меры, хотя пока еще не решен вопрос о том, следует ли включать такие меры в сферу применения Конвенции²⁹.

Статья 13 Временные и обеспечительные меры

[Вариант А]

1. Суд, рассматривающий дело³⁰ и обладающий юрисдикцией согласно статьям [...] в отношении вынесения решения по существу дела, вправе предписывать принятие временных и обеспечительных³¹ мер.
2. Суд Договаривающегося государства [может обладать] [обладает юрисдикцией]³², даже в том случае, когда он не обладает юрисдикцией для вынесения решения по существу иска, выносить предписание о принятии временных и обеспечительных мер в отношении имущества, находящегося в этом государстве, или приведения этих мер в исполнение, которое ограничивается территорией этого государства, для защиты на временной основе существа требований по иску, рассмотрение которого предстоит или который должен быть предъявлен запрашивающей стороной в Договаривающемся государстве, которое обладает юрисдикцией для вынесения решения по этому иску согласно статьям [...]³³.
3. Ничто в настоящей Конвенции не препятствует суду в Договаривающемся государстве вынести предписание о принятии временной и обеспечительной меры с целью защиты на временной основе существа требований по иску, рассмотрение которого предстоит или который [*sic*] должен быть предъявлен запрашивающей стороной в другом государстве³⁴.
4. В пункте 3³⁵ ссылка на временную и обеспечительную меру означает:
 - a) меру для поддержания статус–кво до вынесения решения по поставленным вопросам на судебном процессе; или
 - b) меру, предусматривающую в предварительном порядке средство обеспечения наличия активов, за счет которых может быть выполнено окончательное решение; или

- с) меру по пресечению определенных действий ответчика с целью предупреждения нынешнего или неизбежного будущего вреда.]

[Вариант В³⁶

Суд, который рассматривает или приступает к рассмотрению иска и который обладает юрисдикцией согласно статьям [3–15] для принятия решения по существу этого иска, может вынести предписание о принятии временных и обеспечительных мер, призванных сохранить предмет иска.]

[Статья 23А. Признание и приведение в исполнение временных и обеспечительных мер³⁷

[Вариант А

1. Решение, предписывающее принятие временной и обеспечительной меры, которое было принято судом, рассматривающим³⁸ иск по существу, признается и приводится в исполнение в Договаривающихся государствах в соответствии со статьями [25, 27–34].

2. В настоящей статье ссылка на временную или обеспечительную меру означает:

- а) меру для поддержания статус-кво до вынесения решения по поставленным вопросам на судебном процессе; или
- б) меру, предусматривающую в предварительном порядке средство обеспечения наличия активов, за счет которых может быть выполнено окончательное решение; или
- с) меру по пресечению определенных действий ответчика с целью предупреждения нынешнего или неизбежного будущего вреда.]

[Вариант В

Предписания о принятии временных и обеспечительных мер, вынесенные в соответствии со статьей 13³⁹, признаются и приводятся в исполнение в других Договаривающихся государствах в соответствии со статьями [25, 27–34].]

III. Возможные положения

72. Рассматривавшиеся выше материалы позволяют предположить, что в отношении обеспечительных мер для содействия арбитражному разбирательству, предписанных как судами, так и третейскими судами, возникает ряд вопросов, которые Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить.

73. Этими вопросами являются следующие: существует ли полномочие предписывать обеспечительные меры и если да, то каковы сфера действия и охват этого полномочия; каковы взаимоотношения между судом и третейским судом после учреждения третейского суда и каковы их соответствующие полномочия предписывать обеспечительные меры (включая случай, когда это происходит до учреждения третейского суда); каковы предварительные условия для принятия таких мер; и условия, которые могут быть установлены в связи с принятыми обеспечительными мерами; каковы вид и сфера действия мер,

которые могут быть предписаны; и могут ли такие меры быть приведены в исполнение в какой-либо зарубежной стране. В связи с мерами, предписанными судом, возникает дополнительный вопрос о том, распространяется ли полномочие предписывать обеспечительные меры как на внутреннее, так и на иностранное арбитражное разбирательство.

A. Обеспечительные меры, предписываемые третейским судом

74. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Рабочая группа рассмотрела вопрос об обеспечительных мерах, предписываемых третейским судом, на основе проектов положений, подготовленных Секретариатом. Ход рассмотрения в Рабочей группе отражен в пунктах 65–76 документа A/CN.9/487. Представленные ниже пересмотренные проекты положений были подготовлены на основе итогов рассмотрения в Рабочей группе статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

Проект статьи 17

- 1) Если стороны не договорились об ином, третейский суд может, по просьбе любой стороны, распорядиться о принятии какой-либо стороной такой обеспечительной меры [в отношении предмета спора], какую он считает необходимой.
- 2) Сторона, которая просит о принятии обеспечительной меры, должна предоставить доказательства того, что:
 - a) существует безотлагательная необходимость принятия запрашиваемой меры;
 - b) будет причинен значительный вред, если такая обеспечительная мера не будет предписана; и
 - c) существует вероятность того, что лицо, запрашивающее такую меру, добьется успеха в отношении существа основного дела.
- 3) Третейский суд может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такой мерой.
- 4) Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру [, независимо от того, установлена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме,], предписываемую третейским судом до вынесения решения, которым производится окончательное урегулирование спора. Для целей настоящей статьи ссылка на какую-либо обеспечительную меру означает⁴⁰:

Вариант 1

- a) меру по поддержанию статус-кво до вынесения решения по поставленным вопросам;
- b) меру, предусматривающую в предварительном порядке средство обеспечения наличия активов, за счет которых может быть выполнено арбитражное решение; или

с) меру по пресечению определенных действий ответчика с целью предупреждения нынешнего или неизбежного будущего вреда⁴¹.

Вариант 2

а) меру, принимаемую во избежание или для сведения к минимуму вреда, убытков или ущерба; или

б) меру по содействию последующему приведению в исполнение арбитражного решения.

5) Третейский суд может, когда это необходимо для обеспечения эффективности какой-либо обеспечительной меры, предписывать такую меру [на период, не превышающий [...] дней] [без направления уведомления стороне, в отношении которой принимается такая мера] [до того, как стороне, в отношении которой принимается такая мера, будет предоставлена возможность представить свои возражения] только в случае, если:

а) необходимо обеспечить эффективность такой меры;

б) лицо, запрашивающее такую меру, предоставляет надлежащее обеспечение в связи с принятием такой меры;

с) лицо, запрашивающее такую меру, может доказать безотлагательную необходимость принятия такой меры; и

д) [такая мера получит поддержку в результате преобладания соображений справедливости⁴²].

[6) Стороне, в отношении которой принимается мера согласно пункту 5, направляется уведомление о принятии такой меры и предоставляется возможность быть заслушанной как можно скорее.]

7) Срок действия меры, предписанной согласно пункту 5, может быть продлен или изменен после направления уведомления стороне, в отношении которой она принимается, и предоставления ей возможности представить свои возражения.

[8) Обеспечительная мера может быть изменена или прекращена [по просьбе какой-либо стороны], если обстоятельства, указанные в пункте 2, изменились после назначения такой меры.]

[9) Сторона, которая запросила принятие обеспечительной меры, с момента представления такой просьбы незамедлительно сообщает суду о любом существенном изменении обстоятельств, указанных в пункте 2.]

В. Обеспечительные меры, предписываемые судом

75. Как отмечалось выше, существует некоторая неопределенность в отношении полномочия судов предписывать обеспечительные меры в случае, если существует действительное арбитражное соглашение. Хотя статья 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ предусматривает, что обращение какой-либо стороны с просьбой о принятии обеспечительных мер и вынесение судом решения о принятии таких мер не являются несовместимыми с арбитражным соглашением, Типовой закон не решает позитивно вопрос о том, обладает ли суд полномочием предписывать обеспечительные меры. В связи с этим в некоторых странах принятие статьи 9 может и не быть достаточным для установления того, что суд обладает прямым полномочием предписывать обеспечительные меры для содействия арбитражному разбирательству.

76. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли разработать положение, разъясняющее такое полномочие суда. Если положение такого рода будет рассматриваться, то Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть три связанных с этим вопроса (которые Рабочая группа обсудила на своей тридцать четвертой сессии (Нью-Йорк, 21 мая – 1 июня 2001 года) (см. A/CN.9/487, пункты 64–68) в контексте обеспечительных мер, предписываемых третейским судом):

а) вопрос об объеме такого полномочия и о том, следует ли его ограничивать каким-либо образом, например с помощью ссылки на "предмет спора" или же с помощью какой-либо другой формулировки (например, формулировки, включенной в статью 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ), а также вопрос о том, могут ли такие меры быть предписаны *ex parte*;

б) вопрос о предварительных условиях назначения обеспечительных мер и о том, следует ли включить в это положение, например, требование о том, чтобы сторона предоставила надлежащее обеспечение (см. статью 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ); чтобы было доказано, что такая мера необходима безотлагательно; или чтобы было доказано, что будет причинен существенный вред, если такая мера не будет предписана (общие примеры, касающиеся этих условий, изложены в пункте 37 выше); и

с) вопрос о видах мер, которые суд может предписать для содействия арбитражному разбирательству, и о том, следует ли их конкретно перечислить в этом положении, с тем чтобы оказать судам содействие и обеспечить определенную степень последовательности и ясности, или о том, следует ли их включить с помощью ссылки на более широкие категории мер. Эти ссылки могут быть включены в это положение в качестве чисто иллюстративных (и неисчерпывающих) в отношении тех видов мер, которые суд может предписать, или же их следовало бы рассмотреть в пояснительном руководстве по этим положениям.

77. С учетом результатов обсуждения Рабочей группой вопроса об обеспечительных мерах, предписываемых третейским судом, и степени сходности вопросов, рассматриваемых в отношении мер, предписываемых судом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, могут ли положения, аналогичные положениям, изложенным выше в отношении мер,

предписываемых третейским судом, быть достаточными для применения мер, предписываемых судом, с соответствующей ссылкой на суд и с учетом нижеследующих предлагаемых изменений.

78. В пункте 1 статьи 17 проекта положения ссылки на договоренность сторон могут быть исключены, поскольку они были бы неприемлемыми для применения обеспечительных мер, предписываемых судом. Это положение было бы призвано применяться к просьбам о назначении обеспечительных мер для содействия как внутреннему, так и иностранному арбитражному разбирательству.

79. Положения, касающиеся видов мер и условий их принятия, уже существуют во внутригосударственном законодательстве (по меньшей мере, в отношении сторон судебной тяжбы). В соответствии с итогами обсуждения, указанными выше в отношении обеспечительных мер, предписываемых третейским судом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли устанавливать совокупность согласованных положений о видах мер и условиях, которые будут применимыми к их назначению судами для содействия арбитражному разбирательству, или же о том, следует ли, в качестве иного варианта, применять существующие положения, касающиеся судебной тяжбы, к обеспечительным мерам, принимаемым для содействия арбитражному разбирательству. Согласованное положение, устанавливающее виды мер, которые могут быть предписаны, может содержать ссылку на общие категории мер, аналогичную ссылке, содержащейся выше в пункте 4 статьи 17 данного проекта положения. Альтернативный подход, отражающий положения, касающиеся судебной тяжбы, может быть следующим:

4) суд обладает таким же полномочием предписывать обеспечительные меры для целей арбитражного разбирательства и по отношению к нему, каким он обладает для целей судопроизводства и по отношению к нему⁴³.

80. На своей последней сессии Рабочая группа обсудила возможность предписывания третейским судом обеспечительных мер на основе *ex parte*, отметив с некоторой озабоченностью существование разных позиций в отношении приведения в исполнение мер *ex parte*, предписанных судом и третейским судом (см. A/CN.9/487, пункт 70). Как отмечается в пункте 30 выше, законодательство многих стран разрешает судам предписывать обеспечительные меры для содействия арбитражному разбирательству на основе *ex parte* на определенных условиях. Эти условия включают предоставление обеспечения в связи с возможным ущербом и доказывание требуемой безотлагательности.

81. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли урегулировать полномочие суда предписывать обеспечительные меры на основе *ex parte* в единообразных положениях и если да, то должны ли условия, рассматривавшиеся в отношении предписывания таких мер третейскими судами, служить в качестве модели. Если будет принято положение, аналогичное по своему содержанию тому, что рассматривалось в пункте 79 выше, то вопрос о предписывании обеспечительных мер *ex parte* будет обуславливаться позицией в отношении судебной тяжбы. Для содействия принятию более единообразной позиции Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть положение,

аналогичное положению, которое изложено в качестве пунктов 5 и 6 статьи 17 проекта положения.

С. Взаимоотношения между судами и третейскими судами

82. Как отмечалось выше, ряд различных подходов являются очевидными в отношении полномочия предписывать обеспечительные меры и вопроса о том, каким образом это полномочие разделяется между судом и третейским судом. Для обеспечения фактической возможности принятия обеспечительных мер сторонам, которые согласились провести арбитражное разбирательство, желательно, чтобы они имели доступ и к третейскому суду, и к суду. Как отмечается выше в пункте 75, эта цель лишь отчасти достигается с помощью статьи 9 Типового закона, предусматривающей, что обращение в суды с просьбой о принятии обеспечительных мер не является несовместимым с соглашением провести арбитражное разбирательство и не представляет собой отказ от этого соглашения. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, требует ли этот аспект дальнейшего изучения.

Д. Приведение в исполнение обеспечительных мер

83. На своей тридцать четвертой сессии в 2001 году Рабочая группа рассмотрела вопрос о приведении в исполнение обеспечительных мер, предписанных третейским судом в соответствии со статьей 17, на основе проектов положений, подготовленных Секретариатом. Ход рассмотрения этого вопроса Рабочей группой отражен в пунктах 76-87 документа A/CN.9/487, хотя из-за отсутствия времени Рабочая группа не завершила свое обсуждение положения о приведении в исполнение. Пересмотренные проекты положений, изложенные ниже, были подготовлены на основе тех частей этого положения, которые были рассмотрены в Рабочей группе.

Приведение в исполнение обеспечительных мер

1) После обращения заинтересованной стороны с согласия третейского суда компетентный суд отказывается признать и привести в исполнение обеспечительную меру, указанную в статье 17, независимо от страны, в которой она была предписана, если*:

а) сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, представляет доказательство того, что:

i) *[Вариант 1]* арбитражное соглашение, указанное в статье 7, является недействительным; *[Вариант 2]* арбитражное соглашение, указанное в статье 7, как представляется, является недействительным, и в этом случае суд может передать вопрос о [юрисдикции третейского суда] [действительности арбитражного соглашения] третейскому суду для принятия решения в соответствии со статьей 16 настоящего Закона;

ii) сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, не получила надлежащего уведомления о

назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве [и в этом случае суд может приостановить разбирательство по вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом]; или

iii) сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, не смогла изложить свои аргументы по делу в связи с этой обеспечительной мерой [и в этом случае суд может приостановить разбирательство по вопросу о приведении в исполнение до тех пор, пока стороны не будут заслушаны третейским судом]; или

iv) обеспечительная мера была отменена, отложена или изменена третейским судом;

b) суд устанавливает, что:

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

ii) признание или приведение в исполнение обеспечительной меры противоречит публичному порядку этого государства.

2) После обращения заинтересованной стороны с согласия третейского суда компетентный суд может, по своему усмотрению, отказаться признать и привести в исполнение обеспечительную меру, указанную в статье 17, независимо от страны, в которой она была предписана, если сторона, в отношении которой запрашивается обеспечительная мера, представляет доказательство того, что ходатайство о такой же или аналогичной обеспечительной мере уже было подано в суд в этом государстве, независимо от того, принял ли данный суд какое-либо решение по этому ходатайству.

3) Сторона, которая ходатайствует о приведении в исполнение обеспечительной меры, незамедлительно информирует суд о любой отмене, отсрочке или изменении такой меры.

4) При изменении формулировки меры в соответствии с пунктом 1(b)(i) суд не изменяет существа данной обеспечительной меры.

5) Пункт 1(a)(iii) не применяется:

[Вариант 1] в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая мера, при условии, что такая мера была предписана на срок, не превышающий [30] дней, и приведение в исполнение такой меры запрашивается до истечения этого срока.

[Вариант 2] в отношении обеспечительной меры, предписанной без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая мера, при условии, что такая обеспечительная мера подтверждена третейским судом после того, как другая сторона получила возможность изложить свои аргументы по делу в связи с данной обеспечительной мерой.

[Вариант 3] в случае, если третейский суд, по своему усмотрению, решает, что с учетом обстоятельств, указанных в статье 17(2), такая обеспечительная мера может быть эффективной только тогда, когда предписание о приведении ее в исполнение вынесено судом без уведомления стороны, в отношении которой запрашивается такая мера.

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

84. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о приведении в исполнение обеспечительных мер, предписанных судом для содействия арбитражному разбирательству, особенно с учетом того, что этот вопрос возникает исключительно в отношении приведения в исполнение мер, предписанных судом в какой-либо зарубежной стране. В настоящее время не установлено какого-либо многостороннего международного режима, касающегося приведения в исполнение предписаний судов, хотя Гагская конференция по международному частному праву, как отмечалось выше, сейчас разрабатывает конвенцию, действие которой может быть распространено на временные меры. В отсутствие такого режима (и с учетом трудностей, связанных с достижением соглашения в отношении многостороннего режима, действие которого распространялось бы на временные меры), Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть альтернативные подходы. Эти подходы могут включать, например, режим координации и сотрудничества между судами на основе статьи 26 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Принципов АМП 18-20. Как отмечалось в пункте 61 выше, в отсутствие обязательства признавать предписания, вынесенные в других государствах, или сотрудничать с судами и третейскими судами в других странах, поощрение сотрудничества в вынесении местных дополнительных предписаний может привести к достижению ощутимых результатов с точки зрения как признания, так и судебной помощи. Это может иметь особое отношение к случаям, когда в ряде стран испрашивается приведение в исполнение какой-либо обеспечительной меры, например "замораживание" активов. Это может охватывать обмен информацией между судами, координацию между странами с точки зрения статуса, придаваемого иностранным обеспечительным мерам, а также координацию и сотрудничество по вопросу о применении надлежащих местных средств правовой защиты.

Примечания

- ¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17), пункт 337.*
- ² Там же, пункты 340–343.
- ³ Там же, пункты 344–350.
- ⁴ Там же, пункты 371–373.
- ⁵ Там же, пункты 374 и 375.
- ⁶ Там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/55/17), пункт 396.*
- ⁷ Выражение "учреждение третейского суда" имеет целый ряд различных возможных значений, включая момент выбора сторонами арбитров; дату назначения третейского суда; дату проведения судом своего первого заседания с участием или без участия сторон или их представителей.
- ⁸ *E-Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 51, 57 (1983).*
- ⁹ Однако там, где был принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, прямо установлено, что обращение в суд с просьбой предписать обеспечительную меру не является несовместимым с существованием действительного арбитражного соглашения: статья 9.
- ¹⁰ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, статья 26; ICC Rules, article 23(2); AAA Commercial Arbitration Rules, Rule 36; LCIA Rules, article 25.
- ¹¹ Законодательство одной из стран предусматривает, что полномочие назначать обеспечительные меры ограничивается периодом времени после вынесения арбитражного решения и его регистрации в суде; при этом преследуется цель обеспечения того, чтобы данное арбитражное решение можно было привести в исполнение.
- ¹² Понятие невозможного ущерба обычно означает, что возможный ущерб будет таковым, что предусматриваемые правом средства защиты не могут обеспечить надлежащую компенсацию, т.е. возмещение этого ущерба.
- ¹³ ICC Rules, Article 23(1); LCIA Rules, Article 25.1(a).
- ¹⁴ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, статья 26(1); AAA Rules, Article 23(1).
- ¹⁵ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ предусматривает: "арбитражный суд вправе затребовать предоставления обеспечения расходов по осуществлению таких мер" (статья 26(2)); согласно Регламенту ЛСМА третейский суд может предписать какой-либо стороне предоставить "обеспечение в отношении судебных или иных издержек" и "на таких условиях, какие третейский суд считает надлежащими". Законодательство некоторых стран, которое прямо уполномочивает третейские суды предписывать обеспечительные меры, также предусматривает прямое полномочие потребовать предоставления надлежащего обеспечения посредством либо платежа конкретной суммы (в Гватемале 10 процентов от суммы, являющейся предметом требования), либо предоставления залога, гарантии или иного обеспечения.
- ¹⁶ В соответствии с законодательством некоторых стран определенные меры могут быть предписаны только тогда, когда активы, в отношении которых испрашивается такое предписание, принадлежат должникам–нерезидентам.
- ¹⁷ Например, законодательством одной из стран предусматривается, что полномочия, которыми наделен суд в отношении временных мер судебной защиты, могут осуществляться даже в том случае, если арбитражное разбирательство ведется за рубежом либо если место арбитражного разбирательства не указано или не определено. В то же время суд все же может отказаться от предписывания временных мер судебной защиты, если, по его мнению,

факт проведения арбитражного разбирательства за рубежом делает принятие таких мер нецелесообразным. С учетом того факта, что соответствующий закон был принят лишь недавно, не вполне ясно, каким образом суды будут осуществлять такое дискреционное право. Представляется вероятным, что если суды в месте проведения арбитражного разбирательства компетентны предписывать временные меры судебной защиты, то и суд общей юрисдикции может считать такие суды надлежащим форумом для назначения таких мер и воздержится от предписывания мер судебной защиты самостоятельно.

- 18 Австрия, s387(2) Exekutionsordnung.
- 19 Канада, *Ruhrkohle Handel Inter GmbH et al and Fednav Ltd. et al*, неопубликованное постановление Федерального суда Канады, Trial Division T-212-91, подтверждает мнение, согласно которому арест может налагаться в рамках иностранного арбитражного разбирательства при условии раскрытия полной информации об арбитражном соглашении с последующим приостановлением разбирательства.
- 20 Суды Германии не проводят различия между иностранным и национальным арбитражным разбирательством, поскольку в Гражданско–процессуальном кодексе предусматривается юрисдикция суда соответствующей страны предписывать меры судебной защиты. В Греции, если соблюдены положения Гражданско–процессуального кодекса этой страны в отношении обеспечительных мер, суд может выносить предписания о мерах судебной защиты для содействия иностранному арбитражному разбирательству.
- 21 Суды в Индии толкуют Закон об арбитраже и согласительной процедуре 1996 года как означающий, что суд может предписывать обеспечительные меры лишь для содействия внутреннему арбитражному разбирательству. В Китае, как представляется, невозможно обращаться с ходатайством о принятии обеспечительных мер, если арбитражное разбирательство проводится не в Китае.
- 22 В Соединенных Штатах, например, в государственных статутах или Федеральном законе об арбитраже отсутствуют положения, допускающие принятие судами мер судебной защиты, если стороны условились о проведении арбитража, за исключением морского арбитража: 9 USC §8. В то же время суды Соединенных Штатов часто опираются на внутригосударственное право как источник полномочий назначать меры судебной защиты. См.: *David L. Threlkeld & Co. v. Metallgesellschaft Ltd.*, 923 F. 2d 245, 253 No. 2 (2d Cir. 1991) *Borden Inc. v. Meiji Milk Products Co. Ltd.*, 919 F. 2d 822 (2d Cir. 1990).
- 23 The International Law Association (ILA), Report of the sixty-seventh Conference held at Helsinki from 12-17 August 1996-Committee on International Civil and Commercial Litigation, Second interim report on provisional and protective measures in international litigation, published by the ILA, London 1996.
- 24 Принцип независимости суда при вынесении предписания о временных и обеспечительных мерах соответствует статье 24 Брюссельской конвенции о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений 1968 года (а также Луганской конвенции).
- 25 The ILA Report, page 186.
- 26 The ILA Report, page 201.
- 27 Например, в Швеции раздел 6 главы 15 Процессуального кодекса предусматривает, что создание обеспечения является необходимым условием для назначения какой-либо обеспечительной меры. Такое обеспечение может создаваться в форме личного письма либо гарантии или залога, либо банковской гарантии. Заявитель может быть освобожден от выполнения этого требования лишь в случае предъявления чрезвычайных оснований для своего иска: Execution Code ch 2, s 25.
- 28 Например, *Credit Suisse Fides Trust v. Cuoghi* [1998] Queen's Bench Division 818 (UK).

- 29 Статья 1.2(k) предусматривает, что Конвенция не применяется к:
- к) Вариант А
[временным и обеспечительным мерам, иным, чем промежуточные платежные поручения;]
- Вариант В
[временным и обеспечительным мерам [иным, чем меры, упомянутые в статьях 13 и 23А];]
- 30 Было высказано предположение о том, что было бы достаточным, если бы суд приступал к рассмотрению дела после принятия какой-либо временной или обеспечительной меры. Это потребовало бы добавления слов "или приступает к рассмотрению дела" или же аналогичной формулировки.
- 31 Определение "временные и обеспечительные" призвано быть обобщающим, т.е. такие меры должны удовлетворять обоим критериям.
- 32 Была также предложена формулировка, в которой разъяснялось бы, что договаривающиеся государства обязаны предоставить такую юрисдикцию, хотя было также подчеркнуто, что это не исключало бы дискреционных полномочий судов таких государств либо выносить такие предписания, либо отказывать в этом.
- 33 Было отмечено, что некоторые государства, особенно государства, являющиеся членами Содружества, кроме Соединенного Королевства, не предусматривают юрисдикцию для вынесения временных и обеспечительных предписаний, если только суд не рассматривает вопрос о своей юрисдикции в отношении вынесения решения по существу дела. Это положение может действовать в ущерб иностранным истцам, которые испрашивают "замораживание" активов в пределах данной страны для содействия судебной тяжбе, рассмотрение которой предстоит в другой стране. Это положение призвано наделить такие государства юрисдикцией в отношении вынесения таких предписаний на основании наличия имущества в государстве суда и в пределах территории такого государства. В отношении этого положения не было достигнуто консенсуса.
- 34 Это положение призвано отменить любые ограничения, налагаемые в отношении осуществления юрисдикции судами договаривающихся государств с помощью перечня запрещенных видов юрисдикции (в настоящее время содержащегося в статье 18). Это положение будет также допускать осуществление юрисдикции для вынесения временных и обеспечительных предписаний в соответствии с внутригосударственным законодательством без учета ограничений, устанавливаемых с помощью перечня запрещенных видов юрисдикции. Было предложено перенести ссылку на статью 13 в статью 17, с тем чтобы предусмотреть возможность осуществления такой юрисдикции в соответствии с внутригосударственным законодательством. Некоторые делегации пришли к мнению о том, что данный пункт является единственным положением о временных и обеспечительных мерах, которое следует включить в эту конвенцию.
- 35 Было предложено распространить это определение также на пункты 1 и 2.
- 36 Это предложение связано с текстом второго варианта статьи 1(2)(k), который сам по себе содержит варианты либо исключения временных или обеспечительных мер полностью из сферы применения этой конвенции, либо допущения ограниченной юрисдикции в отношении вынесения таких предписаний. Вариант В предусматривает установление такой ограниченной юрисдикции, если есть такое желание.
- 37 Эти два варианта, которые, как представляется, по существу не отличаются друг от друга, предусматривают признание и приведение в исполнение временных и обеспечительных предписаний, вынесенных судом, который рассматривает спор по существу (или приступает к такому рассмотрению). Против этого положения, естественно, высказали возражение те делегации, которые выступают за исключение таких мер из сферы применения этой конвенции. Однако ряд делегаций, которые выступают за включение положения, касающегося таких мер, в юрисдикционную или процессуальную часть конвенции, выступили против положения о признании и приведении в исполнение временных и

обеспечительных предписаний. Просьба также иметь в виду, что вполне может возникнуть необходимость учитывать степень, в которой аналогичные средства правовой защиты известны в соответствующем государстве суда, и процедуры обеспечения соблюдения интересов третьих сторон или ответчика (например, обязательство возместить ущерб).

- ³⁸ Было высказано предположение о том, что было бы достаточным, если бы суд рассматривал дело после назначения временной и обеспечительной меры постольку, поскольку он уже рассматривал дело к тому времени, когда за рубежом были испрошены признание и приведение в исполнение этой временной и обеспечительной меры.
- ³⁹ Это относится и к предложению, внесенному в качестве варианта В в статье 13 выше. Такое предписание должно быть вынесено судом, который рассматривает или приступает к рассмотрению иска и который обладает юрисдикцией в отношении вынесения решения по существу этого иска.
- ⁴⁰ Это положение может сопровождаться разъяснением, более подробно касающимся тех мер, которые могут входить в эти широкие категории, и аналогичным разъяснению, изложенному в пунктах 12 и 13, или более общей формулировке, аналогичной формулировке, изложенной в пункте 35 выше.
- ⁴¹ Article 23A Alternative A, Hague Conference on Private International Law: draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, interim text, June 2001.
- ⁴² ALI/Unidroit Rules of Transnational Civil Procedure, April 2001, Rule 17.1.1.
- ⁴³ См. section 47, Commercial Arbitration Act, Queensland, Australia.
-