Комиссия Организации Объединенных Наций по Праву Международной Торговли

ЕЖЕГОДНИК

Том XVI: 1985 год

ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
Нью-Йорк, 1988 год

ПРИМЕЧАНИЕ

Условные обозначения документов Организации Объединенных Наций состоят из прописных букв и цифр. Когда такое обозначение встречается в тексте, оно служит указанием на соответствующий документ организации.

A/CN.9/SER.A/1985

ISSN 0251-4281

СОДЕРЖАНИЕ

Стр.

ВВЕДЕНИЕ vi

Часть первая. Доклад Комиссии о ее ежегодной сессии; замечания и решения

ВОСЕМНАДЦАТАЯ СЕССИЯ (1985 год)

A. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии (Вена, 3-21 июня 1985 года) (A/40/17) 2

B. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД): выдержка из доклада Совета по торговле и развитию (тридцать первая сессия) 73

C. Генеральная Ассамблея: доклад Шестого комитета (A/40/935) 74

D. Резолюции A/40/71 и A/40/72 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1985 года 75

Часть вторая. Исследования и доклады по конкретным вопросам

I. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТОРГОВЫЙ АРБИТРАЖ 79

A. Аналитический обзор комментариев, полученных от правительств и международных организаций, к проекту текста типового закона о международном торговом арбитраже: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/263 и Add.1-3) 79

B. Аналитический комментарий к проекту текста типового закона о международном торговом арбитраже: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/264) 158

II. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПЛАТЕЖИ 219

A. Международные оборотные документы 219

Доклад Рабочей группы по международным оборотным документам о работе ее тринадцатой сессии (Нью-Йорк, 7-18 января 1985 года) (A/CN.9/261) .. 219

B. Электронный перевод средств 233

Проект правового руководства по электронному переводу средств: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/266 и Add.1 и 2) 233

III. НОВЫЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ПОРЯДОК: ПРОМЫШЛЕННЫЕ КОНТРАКТЫ 304

A. Шестая сессия Рабочей группы по новому международному экономическому порядку 304

1. Доклад Рабочей группы по новому международному экономическому порядку о работе ее шестой сессии (Вена, 10-20 сентября 1984 года) (A/CN.9/259) 304

2. Проект правового руководства по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов: проекты глав: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/WG.V/WP.13 и Add.1-6) 326

B. Седьмая сессия Рабочей группы по новому международному экономическому порядку 381

1. Доклад Рабочей группы по новому международному экономическому порядку о работе ее седьмой сессии (Нью-Йорк, 8-19 апреля 1985 года) (A/CN.9/262) 381

2. Проект правового руководства по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов: проекты глав: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/WG.V/WP.15 и Add.1-10) 407

C. Дальнейшая работа Комиссии в области составления международных контрактов на строительство промышленных объектов: записка секретариата (A/CN.9/268) 505

IV. ОПЕРАТОРЫ ТРАНСПОРТНЫХ ТЕРМИНАЛОВ 505

Восьмая сессия Рабочей группы по международной договорной практике 506

A. Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее восьмой сессии (Вена, 3-13 декабря 1984 года) (A/CN.9/260) 506

B. Рабочие документы, представленные Рабочей группе 525

I. Ответственность операторов транспортных терминалов: вопросы для обсуждения Рабочей группой: записка секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.52) 525

2. Ответственность операторов транспортных терминалов: вопросы, находившиеся на рассмотрении Рабочей группы: пояснительный доклад к предварительному проекту конвенции об ответственности операторов транспортных терминалов, подготовленный секретариатом ЮНИДРУА: записка секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.52/Add.1) (только для справок) 538

3. Ответственность операторов транспортных терминалов: дополнительные вопросы для обсуждения Рабочей группой: записка секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.53) 539

V. АВТОМАТИЧЕСКАЯ ОБРАБОТКА ДАННЫХ 543

Юридическая ценность записей ЭВМ: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/265) 543

VI. КООРДИНАЦИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ 567

Правовые аспекты передачи технологии: текущие мероприятия международных организаций системы Организации Объединенных Наций: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/269) 567

VII. СТАТУС КОНВЕНЦИЙ 587

Статус конвенций: записка секретариата (A/CN.9/271) 587

VIII. ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ОКАЗАНИЕ ПОМОЩИ 591

Подготовка кадров и оказание помощи: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/270) 591

IX. РАСПРОСТРАНЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ О РЕШЕНИЯХ 594

Распространение информации о решениях, касающихся правовых текстов ЮНСИТРАЛ, и единообразное толкование таких текстов: записка секретариата (A/CN.9/267) 594

Часть третья. Приложения

I. ТИПОВОЙ ЗАКОН ЮНСИТРАЛ О МЕЖДУНАРОДНОМ ТОРГОВОМ АРБИТРАЖЕ (A/40/17, приложение I) 601

II. КРАТКИЕ ОТЧЕТЫ КОМИССИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ О ЗАСЕДАНИЯХ, ПОСВЯЩЕННЫХ ПОДГОТОВКЕ ТИПОВОГО ЗАКОНА ЮНСИТРАЛ О МЕЖДУНАРОДНОМ ТОРГОВОМ АРБИТРАЖЕ (A/CN.9/SR.305-333) 612

III. БИБЛИОГРАФИЯ ПОСЛЕДНИХ РАБОТ, КАСАЮЩИХСЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЮНСИТРАЛ (A/CN.9/264) (только для справок) 792

IV. ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ ЮНСИТРАЛ 799

V. ПЕРЕКРЕСТНЫЕ ССЫЛКИ: ДОКУМЕНТЫ ЮНСИТРАЛ, УПОМЯНУТЫЕ В НАСТОЯЩЕМ ТОМЕ И ВОСПРОИЗВЕДЕННЫЕ В ПРЕДЫДУЩЕМ ТОМЕ ЕЖЕГОДНИКА 803

ВВЕДЕНИЕ

Со времени своего создания I7 декабря I966 года Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) посвятила свою деятельность "содействию постепенному согласованию и унификации права международной торговли". Настоящий Ежегодник, пятнадцатый в серии ежегодников I/, предназначен для того, чтобы служить этой цели, обеспечивая более широкое распространение и большую доступность информации о работе Комиссии.

Настоящий том охватывает деятельность Комиссии и ее вспомогательных органов в период после окончания ее шестнадцатой сессии (июнь I983 года) до семнадцатой сессии (июль I984 года) включительно.

Настоящий том состоит из трех частей. В части первой содержится доклад Комиссии о работе ее семнадцатой сессии, состоявшейся в Нью-Йорке с 25 июня по I0 июля I984 года, а также решения, принятые по этому докладу Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) и Генеральной Ассамблеей.

В части второй воспроизводятся документы, рассмотренные на семнадцатой сессии Комиссии. Эти документы включают доклады рабочих групп Комиссии, касающиеся соответственно международной договорной практики и нового международного экономического порядка. В эту часть включены также доклады Генерального секретаря и записки секретариата ЮНСИТРАЛ, которые рассматривались этими рабочими группами.

В части третьей содержатся краткие отчеты о заседаниях семнадцатой сессии, библиография последних работ, касающихся деятельности ЮНСИТРАЛ, подготовленная секретариатом, а также перечень документов ЮНСИТРАЛ.

UNCITRAL secretariat
Vienna International Centre
P.O. Box 500, A-1400 Vienna, Austria

I/ До настоящего времени были опубликованы следующие тома Ежегодника Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли /далее сокращенно называется Ежегодник,... (год)/.

Том	Охватываемые годы	Издание Организации Объединенных Наций в продаже под №
I	I968-I970	R.71.V.1
II	I97I	R.72.V.4
III	I972	R.73.V.6
III Доп.	I972	R.73.V.9
IУ	I973	R.74.V.3
У	I974	R.75.V.2
УI	I975	R.76.V.5
УII	I976	R.77.V.1
УIII	I977	R.78.V.7
IX	I978	R.80.V.8
X	I979	R.81.V.2
XI	I980	R.81.V.8
XII	I98I	R.82.V.6
XIII	I982	R.84.V.5
XIУ	I983	R.85.V.3

ВОСЕМНАДЦАТАЯ СЕССИЯ (1985 год)

A. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии (Вена, 3-21 июня 1985 года)(A/40/17) а/

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
ВВЕДЕНИЕ		1 - 2
Глава		
I.	ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ	3 - 10
	A. Открытие	3
	B. Членский состав и участие в работе сессии	4 - 7
	C. Выборы должностных лиц	8
	D. Повестка дня	9
	E. Утверждение доклада	10
II.	МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТОРГОВЫЙ АРБИТРАЖ: Проект типового закона о международном торговом арбитраже	11 - 333
	A. Введение	11 - 13
	B. Общие замечания в отношении проекта текста типового закона о международном торговом арбитраже	14 - 16
	C. Обсуждение отдельных статей	17 - 325
	ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	17 - 81
	Статья 1. Сфера применения	17 - 36
	Статья 2. Определения и правила толкования	37 - 50
	Статья 4. Отказ от права на возражение	51 - 57
	Статья 5. Объем вмешательства суда	58 - 65
	Статья 6. Суд для выполнения определенных вспомогательных функций и функции надзора в отношении арбитража	66 - 81
	ГЛАВА II. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ	82 - 97
	Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения	82 - 88
	Статья 8. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде	89 - 94
	Статья 9. Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда	95 - 97

а/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17 (A/40/17) (далее используется сокращенное название Доклад).

	Пункты
ГЛАВА III. СОСТАВ АРБИТРАЖНОГО СУДА	98 - I48
Статья I0. Число арбитров	98 - 99
Статья II. Назначение арбитров	I00 - III
Статья I2. Основание для отвода	II2 - II9
Статья I3. Процедура отвода	I20 - I34
Статья I4. Бездействие или невозможность действия	I35 - I43
Статья I4-бис	I44 - I45
Статья I5. Назначение нового арбитра	I46 - I48
ГЛАВА IУ. ЮРИСДИКЦИЯ АРБИТРАЖНОГО СУДА	I49 - I69
Статья I6. Компетенция на вынесение постановления о своей юрисдикции	I49 - I63
Статья I8. Правомочие арбитражного суда на вынесение решения о принятии обеспечительных мер	I64 - I69
ГЛАВА V. ВЕДЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА	I70 - 230
Статья I9. Определение правил процедуры	I70 - I76
Статья 20. Место арбитража	I77 - I8I
Статья 2I. Начало арбитражного разбирательства	I82 - I87
Статья 22. Язык	I88 - I94
Статья 23. Исковое заявление и возражения по иску	I95 - 20I
Статья 24. Слушание и письменное разбирательство	202 - 2II
Статья 25. Непредставление документов или неявка стороны	2I2 - 2I6
Статья 26. Эксперт, назначенный арбитражным судом	2I7 - 22I
Статья 27. Содействие суда в получении доказательств	222 - 230
ГЛАВА VI. ВЫНЕСЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА	23I - 27I
Статья 28. Нормы, применимые к существу спора	23I - 242
Статья 29. Вынесение решения коллегией арбитров	243 - 246
Статья 30. Мировое соглашение	247 - 250
Статья 3I. Форма и содержание арбитражного решения	25I - 259
Статья 32. Прекращение разбирательства	260 - 264
Статья 33. Исправление и толкование решений и дополнительные решения	265 - 27I
ГЛАВА VII. ОБЖАЛОВАНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ	272 - 307
Статья 34. Заявление об отмене как исключительное средство обжалования арбитражного решения	272 - 307
ГЛАВА VIII. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ	308 - 325
Статья 35. Признание и приведение в исполнение	3II - 3I7
Статья 36. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение	3I8 - 325
D. Обсуждение прочих вопросов	326 - 330
E. Рассмотрение проекта статей редакционной группой	33I
F. Утверждение типового закона	332 - 333
III. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПЛАТЕЖИ	334 - 342
A. Проект конвенции о международных переводных векселях и международных простых векселях	334 - 338
B. Электронный перевод средств	339 - 342

		Пункты
IV.	НОВЫЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ПОРЯДОК: ПРОМЫШЛЕННЫЕ КОНТРАКТЫ	343 - 346
V.	ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ОПЕРАТОРОВ ТРАНСПОРТНЫХ ТЕРМИНАЛОВ	347 - 349
VI.	КООРДИНАЦИЯ РАБОТЫ	350 - 361
	A. Общая координация деятельности	350 - 363
	B. Правовое значение записей на ЭВМ	354 - 360
	C. Текущие мероприятия других организаций в области передачи технологии	361
VII.	ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ОКАЗАНИЕ ПОМОЩИ	362 - 368
VIII.	СТАТУС КОНВЕНЦИЙ	369 - 370
IX.	СООТВЕТСТВУЮЩИЕ РЕЗОЛЮЦИИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕИ, БУДУЩАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ	371 - 378
	A. Резолюция Генеральной Ассамблеи о работе Комиссии	371
	B. Дата и место проведения девятнадцатой сессии Комиссии	372
	C. Сессии рабочих групп	373 - 375
	D. Распространение информации о решениях, касающихся правовых текстов ЮНСИТРАЛ, и единообразное толкование таких текстов	376 - 378

Приложения — Стр.

I. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (в том виде, в каком он принят Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли 21 июня 1985 года) .....

II. Перечень документов сессии .....

ВВЕДЕНИЕ

I. В настоящем докладе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли освещается работа восемнадцатой сессии Комиссии, проходившей в Вене с 3 по 2I июня I985 года.

2. В соответствии с резолюцией 2205 (XXI) от I7 декабря I966 года настоящий доклад представляется на рассмотрение Генеральной Ассамблеи, а также Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию для представления замечаний.

ГЛАВА I. ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ СЕССИИ

A. Открытие

3. Восемнадцатая сессия Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) начала свою работу 3 июня 1985 года. От имени Генерального секретаря сессию открыл юрисконсульт г-н Карл-Август Флейшгауэр.

B. Членский состав и участие в работе сессии

4. Комиссия была учреждена в соответствии с резолюцией 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи в составе 29 государств-членов, избираемых Генеральной Ассамблеей. В своей резолюции 3108 (XXVIII) Генеральная Ассамблея увеличила число членов Комиссии с 29 до 36 государств. В настоящее время членами Комиссии, избранными 9 ноября 1979 года и 15 ноября 1982 года, являются следующие государства 1/:

Австралия**, Австрия**, Алжир**, Бразилия**, Венгрия*, Гватемала*, Германии, Федеративная Республика*, Германская Демократическая Республика**, Египет**, Индия*, Ирак*, Испания*, Италия*, Кения*, Кипр*, Китай**, Куба*, Мексика**, Нигерия**, Объединенная Республика Танзания**, Перу*, Сенегал*, Сингапур**, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии**, Соединенные Штаты Америки*, Союз Советских Социалистических Республик**, Сьерра Леоне*, Тринидад и Тобаго*, Уганда*, Филиппины*, Франция**, Центральноафриканская Республика**, Чехословакия*, Швеция**, Югославия* и Япония**.

5. На сессии были представлены все члены Комиссии за исключением Сенегала, Тринидада и Тобаго, Уганды и Центральноафриканской Республики.

6. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих государств: Аргентины, Белорусской Советской Социалистической Республики, Болгарии, Ватикана, Венесуэлы, Гвинеи, Греции, Доминиканской Республики, Заира, Индонезии, Ирана (Исламской Республики), Канады, Корейской Народно-Демократической Республики, Корейской Республики, Кот д'Ивуар, Кувейта, Ливана, Нидерландов, Норвегии, Омана, Панамы, Польши, Португалии, Румынии, Таиланда, Украинской Советской Социалистической Республики, Финляндии, Чили и Швейцарии.

7. Наблюдателями были представлены следующие международные организации:

a) Органы Организации Объединенных Наций

Европейская экономическая комиссия (ЕЭК)
Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД)
Организация Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО)

* * *

Международный торговый центр (ЮНКТАД/ГАТТ)

b) Межправительственные организации

Афро-азиатский консультативно-правовой комитет
Банк для международных расчетов
Гаагская конференция по международному частному праву
Европейский совет
Комиссия Европейских сообществ
Международный институт унификации частного права

---

*Срок полномочий истекает в день, предшествующий открытию очередной сессии Комиссии в 1986 году.

**Срок полномочий истекает в день, предшествующий открытию очередной сессии Комиссии в 1989 году.

c) Другие международные организации

Межамериканская ассоциация юристов
Межамериканская комиссия торгового арбитража
Международная ассоциация юристов
Международная торговая палата
Международный совет по торговому арбитражу
Международная федерация инженеров-конструкторов
Официальный институт арбитров
Региональный центр по торговому арбитражу, Каир

C. Выборы должностных лиц:

8. Комиссия избрала следующих должностных лиц 2/:

Председатель: г-н Р. Лёве (Австрия)

Заместители председателя: г-н Л.Ж. Паес де Баррос Леаес (Бразилия)
г-н И. Шаз (Венгрия)
г-н Х.З. Тан (Китай)

Докладчик: г-н Е.Е.Е. Мтанго (Объединенная Республика Танзания)

D. Повестка дня

9. На своем 305-м заседании 3 июня 1985 года Комиссия утвердила следующую повестку дня:

1. Открытие сессии
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Международный торговый арбитраж
5. Международные платежи
6. Новый международный экономический порядок: промышленные контракты
7. Операторы транспортных терминалов
8. Координация работы
9. Статус конвенций
10. Распространение решений, касающихся правовых текстов ЮНСИТРАЛ, и единообразное толкование этих текстов
11. Подготовка кадров и оказание помощи
12. Резолюция Генеральной Ассамблеи о работе Комиссии
13. Будущая работа
14. Прочие вопросы
15. Утверждение доклада Комиссии

E. Утверждение доклада

10. На своих 333-м и 334-м заседаниях 21 июня 1985 года Комиссия утвердила настоящий доклад путем консенсуса.

ГЛАВА II. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТОРГОВЫЙ АРБИТРАЖ

Проект типового закона о международном торговом арбитраже 3/

A. Введение

II. На четырнадцатой сессии Комиссия постановила поручить Рабочей группе по международной договорной практике подготовку проекта типового закона о международном торговом арбитраже 4/. Рабочая группа выполняла эту задачу на своих третьей, четвертой, пятой, шестой и седьмой сессиях 5/. Рабочая группа завершила свою работу, приняв проект текста типового закона о международном торговом арбитраже в конце седьмой сессии 6/, после того как редакционная группа выработала соответствующие варианты текста на шести рабочих языках Комиссии.

I2. На семнадцатой сессии Комиссия просила Генерального секретаря направить этот проект текста всем правительствам и заинтересованным международным организациям для их комментариев и просила секретариат подготовить аналитический обзор полученных комментариев. Комиссия также просила секретариат представить восемнадцатой сессии Комиссии комментарии по проекту текста 7/.

I3. На текущей сессии Комиссия располагала докладом Генерального секретаря, содержащим аналитический обзор комментариев, полученных от правительств и международных организаций в отношении проекта текста типового закона о международном торговом арбитраже (A/CN.9/263 и Add. 1 и 2), а также докладом Генерального секретаря, содержащим аналитический комментарий по проекту текста (A/CN.9/264).

B. Общие замечания в отношении проекта текста типового закона о международном торговом арбитраже

I4. Комиссия вновь выразила признательность Рабочей группе по международной договорной практике за выработку проекта текста типового закона о международном торговом арбитраже, который в целом получил положительную оценку и рассматривался как отличная основа для работы Комиссии.

I5. Было отмечено, что первостепенным соображением, которым следует руководствоваться при проведении обзора и пересмотра проекта текста, должно быть обеспечение эффективного функционирования международного торгового арбитража. С этой целью необходимо должным образом учесть потребности тех, кто будет пользоваться этим текстом в своей повседневной деятельности и для кого в конечном итоге он предназначается.

I6. Что касается формы, в которой текст будет принят, то Комиссия решила исходить из той же посылки, которой руководствовалась Рабочая группа и согласно которой текст будет принят и рекомендован в форме типового закона, а не конвенции, с учетом возможного пересмотра этого решения по завершении работы над содержанием проекта текста.

C. Обсуждение отдельных статей

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья I. Сфера применения*

I7. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи I:

"1) Настоящий Закон применяется к международному торговому** арбитражу и действует при условии соблюдения положений любого многостороннего или двустороннего соглашения, заключенного этим государством.

2) Арбитраж является международным, если:

a) стороны арбитражного соглашения в момент заключения этого соглашения имеют свои коммерческие предприятия в различных государствах;

b) одно из следующих мест находится за пределами государства, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия:

i) место арбитража, если оно определено в арбитражном соглашении;

ii) любое место, где должна быть выполнена значительная часть обязательств, вытекающих из торговых отношений, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора; или

c) предмет арбитражного соглашения каким-либо иным образом связан с более чем одним государством.

3) Для целей пункта 2 настоящей статьи, если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, соответствующим коммерческим предприятием считается то, которое имеет наиболее близкое отношение к арбитражному соглашению. Если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее постоянное местожительство".

Основная форма применения: международный торговый арбитраж

I8. Хотя выражалась определенная озабоченность в связи с ограничением предметной сферы применения международными торговыми вопросами, Комиссия согласилась с тем, что проект закона должен иметь целью и охватывать только международный торговый арбитраж.

---

*Заголовки статей даются только для справочных целей и не должны использоваться для целей толкования.

**Термину "торговый" следует дать широкое толкование, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или обмене товарами; соглашения о распределении; торговое представительство; факторные операции; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; проектно-конструкторские работы; лицензирование; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или делового сотрудничества; перевозки товаров и пассажиров по воздуху, морем, по железным или автомобильным дорогам".

Термин "торговый"

19. Различные мнения были выражены в отношении уместности сноски к пункту I как по форме, так и по содержанию, хотя в отношении того, что термину "торговый" следует давать широкое толкование,было достигнуто общее соглашение. Согласно одному из мнений, сноску следует опустить, поскольку во многих правовых системах, в частности в тех, в которых не применяется метод сноски, она не будет иметь юридической силы. Вместо этого следовало бы попытаться определить термин "торговый" в тексте самого закона. Такое определение может, например, основываться на сокращенном варианте текста, содержащегося в сноске, или быть дано в виде ссылки в статье I(I) на споры, возникающие в сфере торговли или коммерческой деятельности. Согласно другому предложению, следует дать содержащиеся в сноске общие принципы толкования в комментарии или в отчете о заседаниях.

20. Преобладающее мнение заключалось в том, что сноску следует сохранить, хотя, возможно, с некоторыми изменениями. Было признано, что до настоящего времени не разработано общеприемлемое определение и что любое определение было бы связано с определенным риском. Высказывалось мнение, что сноска, несмотря на неопределенность ее юридической силы, может стать полезным руководством при толковании, по крайней мере для тех, кто будет разрабатывать национальное законодательство на основе типового закона.

21. Был предложен ряд изменений текста сноски независимо от того, будет этот текст сохранен в качестве сноски или включен в текст самого закона. Согласно одному из предложений, следует в соответствии со статьей 7(I) уточнить, что охватываются также недоговорные отношения, поскольку термин "сделка" может привести к противоположным результатам. Согласно другим предложениям, необходимо добавить в перечень примеров такие виды торговой деятельности, как услуги и обработка, а также соглашения о международном экономическом сотрудничестве.

22. Учитывая, что некоторые национальные системы законодательства придерживаются традиций гражданского права, проводят различие между торговыми и гражданско-правовыми сделками в зависимости от того, являются ли их участники коммерсантами (торговцами), поддержку получило мнение, согласно которому в первом предложении следует указать, что квалификация отношений как торговых не зависит от статуса сторон. Это предложение столкнулось с возражениями, согласно которым такая формулировка может пониматься как затрагивающая деликатный вопрос о государственном иммунитете. Комиссия достигла согласия о том, что не следует пытаться рассматривать этот вопрос в типовом законе и что если данное предложение будет принято, необходимо пояснить, что это не должно затрагивать нормы, относящиеся к государственному иммунитету. Вызвало озабоченность также то, что примерный перечень отношений торгового характера может пониматься как недвусмысленно означающий, что любой спор, возникающий из таких отношений, может быть решен путем арбитража. Решение в этой связи см. в пункте 29, ниже.

23. Комиссия учредила специальную рабочую группу в составе представителей Венгрии, Китая и Соединенных Штатов Америки и просила ее подготовить в свете упомянутых выше обсуждений и предложений пересмотренный вариант пункта (I) и сноски к нему для рассмотрения Комиссией.

24. Данная специальная рабочая группа предложила заменить в статье I(I) слова "международный торговый** арбитраж" словами "международный арбитраж в области торговых** вопросов, включая услуги и другие экономические отношения". Группа предложила также изменить формулировку вводной части сноски следующим образом: "Термину "торговый" следует дать широкое толкование, с тем чтобы он охватывал следующие вопросы, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или услуг или обмене ими; соглашения о распределении;...".

25. Отмечалось, что в предлагаемом тексте не используется термин "международный торговый арбитраж", который стал хорошо известен в этой области. После обсуждения Комиссия решила, что, несмотря на общепризнанные трудности, лучше сохранить первоначальный текст статьи I(I) и изменить сноску следующим образом: "**термину "торговый" следует дать широкое толкование, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и не договорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или услуг; соглашения о распределении;...".

26. По мнению Комиссии, после такого исправления сноски достаточно ясно, что квалификация каких-либо отношений как торговых не зависит от характера сторон. Поэтому было признано, что не обязательно четко указывать это в тексте статьи I(I) или сноски. Кроме того, по мнению Комиссии, сформулированное таким образом положение не затрагивает какой-либо нормы суверенного иммунитета.

Пункт 2: "международный"

27. Комиссия приняла подпункт (a) и согласилась с тем, что это положение охватывает большинство случаев, встречающихся в практике международного торгового арбитража.

28. По вопросу о целесообразности сохранения подпункта (b) (i) мнения разошлись. В соответствии с одним из них это положение следует исключить по следующим двум основным причинам. Первая из них состоит в том, что нет оснований квалифицировать в качестве международных чисто внутренние отношения только по той причине, что местом арбитража было выбрано иностранное государство. В данном случае принцип автономии стороны является неприемлемым, поскольку это дало бы сторонам возможность не соблюдать обязательные положения закона, включая те положения, которые предусматривают исключительную судебную юрисдикцию, кроме случаев, когда одна из сторон впоследствии добивается признания или приведения в исполнение "иностранного" решения в данном государстве. Другая причина заключается в том, что данное положение охватывает не только тот случай, когда место арбитража определяется в арбитражном соглашении, но и тот, когда оно определяется лишь впоследствии, в соответствии с этим соглашением, например арбитражным учреждением или арбитражным судом. Было высказано мнение, что это создает неясность в отношении применимого права, а также в отношении предоставления услуг суда до определения места арбитража. В соответствии с другой точкой зрения убедительной является только эта последняя причина, и, таким образом, подпункт (b) (i) следует сохранить, исключив слова "or pursuant to".

29. По мнению большинства, следует полностью сохранить положение подпункта (b) (i). Отмечалось, что в этом положении рассматривается лишь вопрос о международном характере, то есть вопрос о том, будет ли для международных случаев применяться (типовой) закон или же другой закон того же государства, предназначенный для внутренних случаев. Было высказано мнение, что принцип автономии сторон должен распространяться на этот вопрос. Однако Комиссия, принимая эту точку зрения, согласилась с тем, что в связи с озабоченностью по поводу неподсудности арбитражу, которая высказывалась также в более широком смысле и, в частности, при обсуждении пункта (1) и сноски к нему (см. пункт 22, выше), следует в отдельном пункте статьи I дать следующее пояснение: "Настоящий закон не затрагивает действия какого-либо другого закона данного государства, в котором предусмотрено, что тот или иной спор или вопрос не может решаться путем арбитража".

30. В отношении подпунктов (b) (ii) и (c) Комиссия согласилась с тем, что трудно определить с необходимой степенью ясности их соответствующую сферу применения. В частности, высказывалось мнение о непригодности подпункта (c) в связи с тем, что сфера его применения определена нечетко. Хотя некоторые высказывались за то, чтобы сохранить это положение, возможно, в несколько измененном виде, Комиссия после обсуждения решила опустить подпункт (c).

31. Однако для того чтобы как-то компенсировать сужение сферы действия, вызванное исключением этого пункта, было предложено добавить к тексту положение о выборе сторон ("opting-in") либо только к подпункту (b) (ii), либо в качестве замены подпункта (c). Предполагалось, что такое положение обеспечило бы более точный критерий, чем тот, который предусмотрен в подпункте (c). В ответ на это предложение была выражена озабоченность в связи с тем, что наличие такого субъективного критерия позволило бы сторонам по своему усмотрению объявлять международным чисто национальный случай и что маловероятно, чтобы какое-либо государство, которое считает необходимым сохранить специальный закон для внутренних случаев, разрешило бы сторонам уклониться от этой системы.

32. Комиссия просила специальную рабочую группу в составе представителей Австралии, Индии, Союза Советских Социалистических Республик, Соединенных Штатов Америки и Финляндии подготовить проект такого положения о выборе сторон, а также положения о неподсудности дела арбитражу. Рабочую группу также просили подготовить для рассмотрения Комиссией проект положения, который отражал бы характер типового закона в качестве lex specialis по отношению ко всем вопросам, регулируемым данным законом.

33. Что касается дополнительного положения о выборе сторон, то специальная рабочая группа предложила заменить формулировку подпункта (c) следующим новым положением: "c) стороны специально договорились о том, что предмет арбитражного соглашения связан более чем с одной страной". Хотя вновь была высказана озабоченность, выраженная ранее в пункте 31, указывалось, что суды едва ли будут применять такое соглашение в чисто внутригосударственном деле. После обсуждения Комиссия утвердила предложенное положение.

34. В связи с положением о неподсудности арбитражу специальная рабочая группа предложила добавить следующий новый пункт к статье I: "Данный закон не затрагивает действия любого другого закона данного государства, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут передаваться в арбитраж только в соответствии с положениями, отличающимися от тех, которые содержатся в настоящем Законе". Комиссия утвердила предложенный пункт.

35. В связи с положением, выражающим характер lex specialis типового закона, Специальная рабочая группа предложила добавить следующий новый пункт к статье I: "Настоящий Закон имеет преимущественную силу перед другими положениями права этого государства в вопросах, регулируемых этим Законом". Комиссия постановила не включать предложенную формулировку в статью I, учитывая обеспокоенность тем, что предлагаемое положение увязывает несколько неточное определение "вопросов, регулируемых настоящим Законом", с безоговорочной нормой права. Однако было признано, что, поскольку типовой закон предполагает установление особого правового режима, в случае возникновения коллизии к международному торговому арбитражу будут применяться его положения, а не те, которые применимы к арбитражным разбирательствам вообще.

Пункт 3

36. Комиссия приняла это положение при условии исключения слова "соответствующим" и внесения в текст разъяснения, что второе предложение относится не к первому предложению, а к пункту 2.

* * *

Статья 2. Определения и правила толкования

37. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 2:

"Для целей настоящего Закона:

a) "арбитражный суд" означает единоличного арбитра или группу арбитров;

b) "суд" означает учреждение или орган в рамках судебной системы страны;

c) если какое-либо положение настоящего Закона предоставляет сторонам возможность принимать решения по определенному вопросу, в этом случае стороны могут поручить принятие такого решения какому-либо третьему лицу, включая юридическое лицо;

d) если в каком-либо положении настоящего Закона имеется ссылка на то, что стороны согласились или что они могут согласиться, или в любой другой форме имеется ссылка на соглашение сторон, такое соглашение включает любые арбитражные правила, указанные в этом соглашении;

e) если стороны не договорились об ином, любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично или на его коммерческое предприятие, по его постоянному местожительству или почтовому адресу, либо - если таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок - в последнее известное местонахождение коммерческого предприятия адресата или по его постоянному местожительству или почтовому адресу. Сообщение считается полученным в день такой доставки".

Подпункты (a), (b) и (d)

38. Комиссия приняла подпункты (a), (b) и (d) этой статьи.

Подпункт (c)

39. В ходе обсуждения подпункта (c) было внесено предложение сделать соответствующую оговорку о том, что свобода сторон поручать принятие какого-либо решения третьему лицу не распространяется на определение норм права, применимых к существу спора, о чем говорится в статье 28(I). Комиссия отложила рассмотрение этого предложения до начала обсуждения статьи 28.

40. В соответствии с мнением, которое Комиссия выразила в ходе прений по статье 28, о том, что типовой закон не должен затрагивать возможности сторон уполномочить третье лицо определить нормы права, применимые к существу спора (см. пункт 242, ниже), Комиссия постановила изменить подпункт (с) следующим образом: "с) если какое-либо положение настоящего Закона, за исключением статьи 28, предоставляет сторонам возможность принимать решения по определенному вопросу, в этом случае стороны могут поручить принятие такого решения какому-либо третьему лицу, включая учреждение".

Подпункт (е)

41. В отношении подпункта (е) было внесено несколько предложений, касающихся добавления определенных процессуальных норм, в частности, в том случае, когда не представляется возможным установить местонахождение коммерческого предприятия, местожительство или почтовый адрес адресата. Согласно одному предложению, принятому Комиссией, следует пояснить, что в таких случаях достаточно отправки заказного письма. Комиссия не согласилась с предложением установить конкретные критерии для определения того, что представляет собой разумное наведение справок. Комиссия согласилась с предложением считать, что выражение "последнее известное местонахождение адресата" относится к последнему местонахождению адресата, известному отправителю.

42. Чтобы уменьшить возможность действия этого положения в ущерб стороне, которой не было известно о возбуждении против нее дела, было предложено предусмотреть какое-то обязательное оповещение этой стороны, установить определенный срок, по истечении которого функция получения уведомления вступала бы в силу, или предусмотреть какую-либо возможность для обращения ответчика в суд. Согласно другому предложению, это положение следует изъять из текста и полагаться только на требования и гарантии применимого процессуального права. Кроме того, поступило еще одно предложение: ввести данное положение в отдельную статью типового закона, поскольку совершенно очевидно, что оно выходит за рамки определения или правила толкования.

43. После прений Комиссия согласилась с тем, что данное положение не должно выдвигать слишком подробные процессуальные требования, которые могут оказаться препятствием для включения типового закона в национальные правовые системы. Комиссия поручила специальной рабочей группе в составе представителей Ирака, Мексики и Чехословакии подготовить измененный текст этого положения с учетом упомянутых выше замечаний.

44. Специальная рабочая группа предложила поместить данное положение в новой статье 3 в следующем измененном виде:

> "1) Если стороны не договорились об ином, любое письменное сообщение считается полученным, если оно было вручено адресату лично или если оно было доставлено на его коммерческое предприятие по его постоянному местожительству или почтовому адресу; если таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено по последнему известному местонахождению коммерческого предприятия адресата или по его последнему известному постоянному местожительству или почтовому адресу заказным письмом или любым иным способом, при котором регистрируется попытка его доставки.
>
> 2) Сообщение считается полученным в день такой доставки".

45. Комиссия утвердила предложенное положение в качестве новой статьи 3. Было отмечено, что причина выделения этого положения в отдельную статью заключается в том, что оно содержит правило процедуры, а не определение или правило толкования. Кроме того, отмечалось, что причина выделения последнего предложения в отдельный пункт заключается в том, чтобы отчетливо показать, что это предложение относится ко всему положению. В отношении понимания Комиссией того, что новая статья 3 о получении сообщений не применима к судебным разбирательствам или мерам, а применима лишь к самим арбитражным разбирательствам, см. пункт I06, ниже.

Предложения, касающиеся дополнительных определений

46. Комиссия приняла предложение указать в статье 2, возможно, перед определением "арбитражного суда", содержащимся в подпункте (а), что термин "арбитраж" означает любой арбитраж, независимо от того, осуществляется ли он постоянным арбитражным учреждением или нет.

47. Комиссия не приняла предложение перенести определение "арбитражного соглашения", содержащееся в статье 7(I), в статью 2.

48. Было предложено определить термин "арбитражное решение" в типовом законе. Это определение, которое было бы полезным для всех положений, в которых используется этот термин, могло бы также конкретизировать различные возможные виды арбитражных решений, такие как окончательные, частичные, промежуточные или временные арбитражные решения.

49. Комиссия согласилась с тем, что, хотя разработать какое-либо определение представляется желательным, при составлении текста типового закона следует руководствоваться более скромными целями, учитывая значительные трудности, связанные с разработкой приемлемого определения, а также ввиду того, что в других правовых текстах по вопросам арбитража, например в Нью-йоркской конвенции I958 года и во многих национальных законах, определения этого термина не имеется. Комиссия постановила определить в контексте статьи 34 и любых других положений, где такое определение необходимо (например, в статьях 3I и 33), какие виды решений охватываются этими статьями.

50. Относительно решения добавить новый подпункт (f), касающийся встречных претензий, см. пункт 327, ниже.

* * *

Статья 4. Отказ от права на возражение

5I. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 4:

> "Сторона, которая знает или должна знать о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступать, или какое-либо требование согласно арбитражному соглашению не было соблюдено, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражения против такого несоблюдения без промедления или если для этой цели предусмотрен какой-либо срок, то в течение такого срока считается отказавшейся от своего права на возражение".

52. По вопросу о том, следует ли сохранить статью 4, мнения разошлись. В соответствии с одним из мнений данное положение является слишком расплывчатым и, возможно, оно противоречит соответствующим положениям национального законодательства; что же касается последствий его применения, то по своему характеру оно является настолько жестким, что по отношению к одной из сторон может быть допущена несправедливость. Учитывая эти обстоятельства, вопрос об отказе от права на возражение или о лишении права на возражение следует целиком оставить на усмотрение применимого национального права или же, если наличие правила об отказе от права на возражение будет сочтено абсолютно необходимым в отношении некоторых положений, этот вопрос следует рассматривать только в отдельных статьях типового закона, касающихся таких положений.

53. Высказанное большинством участников мнение, которое было поддержано Комиссией, состоит в том, что общее правило об отказе от права на возражение в соответствии со статьей 4 следует сохранить, поскольку это будет способствовать более эффективному и добросовестному процессу арбитражного разбирательства и достижению большего единообразия в этом вопросе.

54. В отношении содержания статьи 4 были внесены различные предложения. Так, в отношении требования об осведомленности стороны было предложено формулировку "или должна знать" либо исключить, либо уточнить и сделать менее жесткой путем включения требования о проявлении обычной внимательности или разумной заботливости. Учитывая, что в соответствующем положении Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (статья 30) такой формулировки нет, Комиссия решила исключить эту формулировку, поскольку она может создать больше проблем, чем решить.

55. Было предложено исключить ссылку на диспозитивные положения закона и арбитражного соглашения. Комиссия не приняла это предложение, поскольку оставшаяся часть положения стала бы слишком неопределенной, и в силу того, что она также охватывала бы несоблюдение императивных положений закона, - слишком жесткой.

56. Было выражено мнение о том, что формулировка "без промедления" является слишком расплывчатой и слишком жесткой. Поэтому было предложено вместо нее определить временной период или смягчить это требование путем использования такой формулировки, как "в течение разумного срока". В этой связи было отмечено, что этот временной элемент имеет важное значение, поскольку срок, о котором говорится в статье 4, не указан ни в одном положении типового закона и редко определяется в арбитражных соглашениях. После обсуждения Комиссия постановила вместо определения конкретного срока использовать формулировку "без неоправданной задержки", поскольку в каждом конктерном случае этот срок может быть различным.

57. В отношении последствий отказа от права на возражение в соответствии со статьей 4 Комиссия постановила, что они не ограничиваются арбитражным разбирательством, а распространяются и на последующее судебное разбирательство в соответствии со статьями 34 и 36. Однако было отмечено, что, если арбитры признали, что сторона отказалась от права на возражение, суд может прийти и к иному выводу при проверке арбитражной процедуры на основании статьи 34 или, если разбирательство осуществлялось в соответствии с типовым законом, на основании статьи 36.

* * *

Статья 5. Объем вмешательства суда

58. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 5:

> "Суды не вмешиваются в вопросы, регулируемые настоящим Законом, за исключением случаев, предусмотренных в настоящем Законе".

59. Различные мнения были выражены в отношении целесообразности этого положения. В основном обсуждались два возражения. Первое возражение состояло в том, что положение, касающееся вопроса важного практического значения, не дает четкого ответа на то, допускается или исключается вмешательство суда в какой-либо конкретной ситуации. Второе возражение состояло в том, что это положение в сочетании с отдельными положениями типового закона, предусматривающими вмешательство суда, недопустимо ограничивает сферу контроля и содействия со стороны суда.

60. При выдвижении первого возражения указывалось, что во многих случаях невозможно знать, регулируется ли тот или иной вопрос законом. Если какой-либо конкретный вопрос прямо не упомянут в законе, то это может означать, что составители проекта закона рассмотрели этот вопрос и решили, что закон не должен его охватывать; что составители рассмотрели этот вопрос и решили не давать суду полномочий на вмешательство; или что составители вовсе не рассматривали этот вопрос. А поскольку сторонам, арбитрам и судам, которые должны будут применять этот закон в будущем, было бы не просто в достаточной степени ознакомиться с историей составления проекта закона, они часто не будут знать, к какой категории отнести тот или иной вопрос.

6I. В ответ на это возражение указывалось, что данная проблема является общей для любого lex specialis и практически для всех юридических текстов, связанных с унификацией права. Поскольку ни один из таких текстов не является всеобъемлющим по каждому вопросу, то те вопросы, которые не регулируются этим текстом, должны регулироваться другими нормами внутреннего права. Поэтому необходимо определить сферу охвата конкретного текста, хотя сделать это нередко бывает сложно. Однако в подавляющем большинстве случаев, когда встает вопрос о вмешательстве суда, ответ на него можно найти путем использования обычных правил толкования нормативных актов с учетом принципов, лежащих в основе текста типового закона.

62. При выдвижении второго возражения подчеркивалось, что в статье 5 выражено слишком ограничительное мнение в отношении желательности и целесообразности вмешательства суда в процесс арбитражного разбирательства. А ведь предприниматели, участвующие в международном торговом арбитраже, заинтересованы в том, чтобы иметь доступ к судам еще в ходе арбитража для устранения злоупотреблений в процессе арбитражного разбирательства. Кроме того, ограничение права судов на вмешательство в арбитражное разбирательство может привести к нарушению прерогатив судебной власти, а в отдельных государствах может даже противоречить конституции. Наконец, даже если право суда на вмешательство с целью осуществления надзора за арбитражным разбирательством может быть ограничено, суд должен иметь более широкие полномочия на оказание содействия арбитражному разбирательству. В качестве возможного средства смягчения крайне жесткого характера статьи 5 было предложено предоставить сторонам арбитражного разбирательства право самим решать вопрос о наделении суда более широкими полномочиями для осуществления надзора и оказания содействия в ходе арбитражного разбирательства, чем те, которые предусмотрены в типовом законе.

63. В ответ на это возражение было указано, что вмешательство суда в ходе арбитражного разбирательства часто используется лишь для затягивания дела и что это вмешательство является скорее источником злоупотребления арбитражным разбирательством, чем защитой от этого злоупотребления. Цель статьи 5 состоит в том, чтобы достигнуть определенности в вопросе о максимальной степени судебного вмешательства, включая оказание содействия в связи с международным торговым арбитражем, побудив составителей законопроектов перечислить в (типовом) законе о международном торговом арбитраже все случаи вмешательства суда. Поэтому, если есть необходимость во включении еще одной такой ситуации, то она должна быть отражена в этом законе. Было также признано, что, хотя Комиссия может надеяться на то, что государства примут закон в том виде, в каком он был составлен, тем не менее, поскольку он является типовым законом, а не конвенцией, любое государство, законодательство которого, возможно, не совпадает с этим законом, может расширить сферу судебного вмешательства при принятии этого закона без нарушения какого-либо международного обязательства.

64. В отношении продолжения о предоставлении сторонам права самостоятельно решать вопрос об использовании более широкого объема вмешательства суда был поднят вопрос о том, можно ли ожидать от сторон составления такого соглашения по данному аспекту, которое надлежащим образом регулировало бы все пробелы. Кроме того, была выражена обеспокоенность тем, что правила институционных арбитражей могут включать положение, расширяющее право суда на вмешательство, и что некоторые стороны, согласившиеся применять эти правила, могут столкнуться с таким объемом вмешательства суда, который окажется для них полной неожиданностью.

65. После обсуждения Комиссия приняла статью в ее нынешнем виде.

Статья 6. Суд для выполнения определенных вспомогательных функций и функции надзора в отношении арбитража

66. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 6:

"Судом, обладающим юрисдикцией для выполнения функций, указанных в статьях II (3), (4), I3 (3), I4 и 34 (2), является ... (заполняется каждым государством при принятии типового закона)".

67. Комиссия согласилась с тем, что статья 6, предусматривающая назначение каждым государством суда для выполнения вспомогательных функций и функции надзора в отношении арбитража, упоминаемых в этой статье, весьма полезна для международного торгового арбитража. В результате последующего решения об обеспечении безотлагательного контроля суда над решением арбитражного суда о том, что он обладает юрисдикцией (см. пункт I6I), ссылка на статью I6(3) была включена в статью 6.

68. Было достигнуто понимание, что государство не обязано назначать лишь один суд, но может по своему усмотрению возложить выполнение таких функций на несколько своих судов или на определенную категорию своих судов. Этот момент можно было бы уточнить путем добавления после слова "суд" слов "или суды".

69. Было также согласовано, что не следует обязывать государство назначать суд на условиях статьи 2 (b) в отношении всех функций, о которых говорится в статье 6, а оно должно иметь возможность по своему усмотрению возложить эти функции, в частности предусмотренные в статьях II, I3 и I4, на орган или учреждение вне судебной системы, такие как торговая палата или арбитражное учреждение.

70. Было сделано предложение признать автономию сторон в том, что касается выбора инстанции в тех случаях, когда более чем один суд компетентен выполнять вспомогательные функции и функцию надзора в отношении арбитража. Другое предложение заключалось в том, чтобы решить любую возможную обоснованную коллизию в отношении компетенции суда путем предоставления приоритета суду, который первый занялся рассмотрением дела. Комиссия не приняла эти предложения, поскольку вопрос о выборе инстанции в каждом данном государстве входит в национальную сферу регулирования судебной организации и подсудности, а вопрос о возможной коллизии компетенции судов в различных государствах не может быть эффективно решен в типовом законе.

71. Комиссия согласилась, однако, с тем, что было бы желательно определить случаи, когда суд или суды в конкретном государстве, принявшем типовой закон, будут обладать компетенцией выполнять функции, упомянутые в статье 6. Было отмечено, что этот вопрос непосредственно связан с общим вопросом о территориальной сфере применения типового закона. Поэтому Комиссия перешла к обсуждению этого общего вопроса.

Вопрос о территориальной сфере применения

72. Были изложены различные мнения в отношении того, следует ли в типовом законе прямо указать его территориальную сферу применения и если да, то какой связующий фактор должен служить определяющим критерием. Согласно одному мнению, неуместно определять этот вопрос в типовом законе, поскольку территориальная сфера применения этого закона, принятого в конкретном государстве, будет либо самоочевидна в силу самого факта его принятия, либо она будет определена конкретным государством в соответствии с его общей политикой в этой области, в том числе с его позицией по вопросу о коллизии законов и компетенции судов. Преобладало, однако, мнение о том, что в типовом законе было бы желательно определить этот вопрос для достижения большей степени согласованности, что тем самым позволило бы сократить коллизии законов, а также коллизии компетенции судов.

73. В отношении связующего фактора, который должен определять применимость (типового) закона в данном государстве, широкой поддержкой пользовался так называемый строгий территориальный критерий, согласно которому должно применяться право государства, где проводится арбитраж. В поддержку этого мнения указывалось, что этот критерий применяется в законодательстве большинства стран и что там, где национальное законодательство позволяет сторонам выбирать процессуальные нормы другого государства, а не государства, в котором проводится арбитраж, опыт показывает, что стороны на практике редко пользуются такой возможностью. Типовой закон в силу широты своего содержания еще более сокращает необходимость в таком выборе "иностранного" права вместо (типового) закона, действующего в месте арбитража; указывалось, что типовой закон сам предоставляет сторонам большую свободу в определении правил арбитражной процедуры, включая возможность договориться о принятии процессуальных положений "иностранного" законодательства, если только они не противоречат императивным положениям типового закона.

74. Согласно другому мнению, место проведения арбитража не должно быть фактором, исключающим для сторон возможность избирать законодательство другого государства в качестве закона, применимого к арбитражной процедуре. Государство, которое приняло типовой закон, может пожелать применить его также в тех случаях, когда стороны избрали законодательство этого государства, даже если местом проведения арбитража является другое государство. Было признано, что такой выбор может подлежать некоторым ограничениям, в частности в том, что касается основополагающих понятий правосудия, соображений публичного порядка и правил подсудности, присущих правовой и судебной системе каждого государства.

75. Комиссия согласилась с тем, что основной критерий территориальной сферы применения, какова бы ни была его точная окончательная формулировка, не будет распространяться на функции суда, предусмотренные в статьях 8(I), 9, 35 и 36, которые возложены на суды конкретного государства, принявшего типовой закон, независимо от места проведения арбитража или законодательства,в соответствии с которым проводится арбитраж.

76. В отношении функций суда, упоминаемых в статье 6, т.е. функций, предусмотренных в статьях II(3), (4), I3(3), I4 и 34(2), было достигнуто согласие решить в контексте обсуждения каждой из этих статей вопрос о том будет ли уместен этот основной критерий. В этой связи указывалось, что было бы желательно расширить территориальную сферу применения в том, что касается функций суда, предусмотренных в статьях II, I3 и I4, с тем чтобы суд, упомянутый в статье 6, мог оказывать помощь еще до установления места проведения арбитража или других общих связующих факторов для определения применимости (типового) закона конкретного государства. Были высказаны различные предложения в отношении определения особого связующего фактора для этих целей: a) коммерческое предприятие ответчика находится в данном государстве; b) коммерческое предприятие истца находится в данном государстве; c) коммерческое предприятие истца или ответчика находится в данном государстве: d) арбитражное соглашение было заключено в данном государстве; e) для некоторых случаев: постоянное местожительство арбитра, о котором идет речь, находится в данном государстве.

77. Некоторые выражали сомнения в отношении практической необходимости или целесообразности такого расширения, тогда как некоторые другие полагали, что такая необходимость существует во многих случаях. Комиссия согласилась решить этот вопрос в контексте обсуждения соответствующих статей (т.е. статей II, I3 и I4).

78. Комиссия просила секретариат подготовить на основе изложенных выше прений проект положения о территориальной сфере применения типового закона в целом, включая предложения в отношении возможных исключений из общей сферы применения.

79. Секретариат подготовил следующий проект нового пункта I-бис статьи I для рассмотрения Комиссией:

> "I-бис. Положения настоящего закона применяются, если место арбитража находится на территории этого государства. Однако те положения о функциях судов в этом государстве, которые установлены в статьях 8, 9, 35 и 36, применяются независимо от того, находится ли место арбитража на территории этого государства или нет. Положения о функциях судов в этом государстве, установленные в статьях II, I3 и I4, применяются даже в том случае, если место арбитража еще не определено, при условии, что коммерческое предприятие ответчика /или истца/ находится на территории этого государства".

Секретариат добавил предложение, согласно которому, если Комиссия решит, что судебная помощь, предусмотренная статьями II, I3 и I4, не нужна в тех случаях, когда место арбитража еще не определено, то мог бы быть достаточен сокращенный вариант пункта I-бис:

> "I-бис. Положения настоящего Закона, за исключением статей 8, 9, 35 и 36, применяются только в том случае, если место арбитража находится на территории данного государства".

80. При обсуждении вышеизложенных предложений Комиссия постановила, что по соображениям, изложенным в обоснование строгого территориального критерия (см. выше пункт 73), применимость типового закона должна зависеть исключительно от места арбитража, как оно определено в типовом законе. Что касается вопроса о распространении применимости статей II, I3 и I4 на период, предшествующий определению места арбитража, такое распространение пользовалось определенной поддержкой, поскольку важно предоставить помощь в тех случаях, когда стороны не могут достичь соглашения о месте арбитража. Однако преобладало мнение о том, что типовой закон не должен касаться возможности предоставления судебной помощи до определения места арбитража. В обоснование преобладающего мнения указывалось, что ни местонахождение коммерческого предприятия истца, ни местонахождение коммерческого предприятия ответчика не представляют собой полностью удовлетворительный связующий фактор для целей определения того, должна ли быть предоставлена судебная помощь. Более того, положение такого рода в типовом законе может противоречить другим нормам о судебной юрисдикции. Указывалось также, что даже без такого распространения применимости типового закона сторона могла бы получить судебную помощь согласно другим нормам, помимо норм, содержащихся в типовом законе. Предыдущее обсуждение вопроса о том, следует ли распространить применимость статей II, I3 и I4 на период, предшествующий определению места арбитража, рассматривается ниже в пунктах I07-II0 (статья II), пункте I33 (статья I3), пункте I43 (статья I4) и пункте I48 (статья I5 со ссылкой на статью II).

8I. Комиссия согласилась, что положение о выполнении этого решения, подлежащее включению в статью I, следует сформулировать следующим образом: "Положения настоящего Закона, за исключением статей 8, 9, 35 и 36, применяются только в том случае, если место арбитража находится на территории данного государства".

* * *

ГЛАВА II. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения

82. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 7:

"I) "Арбитражное соглашение" - это соглашение сторон о передаче в арбитраж, независимо от того, является этот арбитраж постоянно действующим или нет, всех или некоторых разногласий, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с определенными правоотношениями, независимо от того, носят эти правоотношения договорной характер или нет. Арбитражное соглашение может иметь форму арбитражной оговорки в договоре или форму отдельного соглашения.

2) Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, которые обеспечивают запись такого соглашения. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора".

Пункт I

83. Комиссия приняла этот пункт; она передала на рассмотрение своей Редакционной группы предложение заменить слова "всех или некоторых разногласий, которые возникли или могут возникнуть" словами "любых существующих или будущих разногласий".

Пункт 2

84. Комиссия отметила, что пункт 2 не охватывает встречающиеся на практике случаи, когда одна из сторон не выражает в письменном виде свое согласие на арбитраж. В качестве практического примера такого соглашения, признаваемого в законодательстве некоторых стран действительным арбитражным соглашением, можно назвать арбитражную оговорку в коносаменте, некоторых товарных договорах и договорах перестрахования, которые обычно становятся обязательными для стороны в результате устного акцепта, и в других договорах, которые заключаются в результате письменной оферты и устного акцепта, или же устной оферты и письменного подтверждения.

85. Были выдвинуты различные предложения с целью расширения сферы применения пункта 2, с тем чтобы охватить все или, по крайней мере, некоторые такие случаи. Одно из предложений состояло в том, чтобы использовать решение, найденное в разработанном в 1978 году варианте текста статьи 17 Брюссельской конвенции о юрисдикции и исполнении решений по гражданским и торговым делам 1968 года, в котором содержится ссылка на соглашения "в письменной форме или - в международной торговле - в форме, которая соответствует практике таких торговых операций, о которой стороны знают или должны знать". Хотя это предложение, которое, как указывалось, отражает современную тенденцию к более широкому подходу к форме договора, пользовалось значительной поддержкой, Комиссия после соответствующего обсуждения его не приняла. Было указано, что ввиду различного контекста действительности формы арбитражного соглашения целесообразен более умеренный подход, в частности в связи с тем, что ссылка на торговые обыкновения является слишком расплывчатой для обеспечения единообразного толкования и связана с возможным риском навязывания согласия на арбитраж стороне, не знакомой с обычаями, преобладающими в определенных торговых операциях или регионах.

86. Еще одно предложение состояло в том, чтобы в конце пункта 2 добавить следующее: "Если коносамент или другой документ, подписанный лишь одной из сторон, в достаточной мере подтверждает договор, то арбитражная оговорка в документе или ссылка в документе на другой документ, содержащий арбитражную оговорку, должны рассматриваться в качестве соглашения в письменном виде". Хотя это предложение получило значительную поддержку, Комиссия после рассмотрения данного вопроса не приняла эту дополнительную формулировку, поскольку представляется маловероятным, чтобы большое число государств было готово принять концепцию арбитражного соглашения, которое хотя и содержится в документе, но не подписано или, по крайней мере, не подтверждено в письменном виде обеими сторонами. Указывалось также, что могут возникнуть трудности с признанием и исполнением арбитражных решений, основанных на таких соглашениях, в соответствии с Нью-йоркской конвенцией 1958 года.

87. Предложение более ограниченного характера состояло в том, чтобы включить те случаи, когда стороны, которые не заключили арбитражное соглашение в форме, предусматриваемой в пункте 2, тем не менее, участвуют в арбитражном разбирательстве и когда этот факт, рассматриваемый как либо согласие, либо заключение устного соглашения, отражен в протоколе арбитражного суда, хотя подписи сторон могут и отсутствовать. В поддержку этого предлагаемого дополнения указывалось, что, хотя согласно Нью-йоркской конвенции 1958 года может быть отказано в исполнении арбитражных решений, выносимых в соответствии с арбитражными соглашениями, подтвержденными таким образом, принятие в типовом законе такого дополнения вполне может привести к такому толкованию статьи II (2) указанной Конвенции, согласно которому арбитражные соглашения, подтвержденные в протоколе арбитражного суда, будут приемлемыми. Отмечалось, что если это предложение будет принято, то условия для признания и исполнения, содержащиеся в статье 35(2) типового закона, то есть представление подлинного арбитражного соглашения, указанного в статье 7, или заверенной копии такового, возможно, потребуется изменить, чтобы охватить такой вид арбитражного соглашения (см. документ A/CN.9/264, сноска 91). Рассмотрев этот вопрос, Комиссия постановила расширить сферу применения пункта 2 в соответствии с этим предложением.

88. Во исполнение этого решения Комиссия постановила добавить в конце статьи 7(2) слова: "или при обмене исковыми заявлениями и возражениями ответчика по иску, в которых одна сторона утверждает, а другая сторона не отрицает существования соглашения".

* * *

Статья 8. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде

89. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 8:

"1) Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если такая просьба заявлена стороной не позднее представления своего первого заявления по существу спора направить стороны в арбитраж, если не сочтет, что это соглашение ничтожно, недействительно или не может быть исполнено.

2) Если в таком случае арбитражное разбирательство уже начато, арбитражный суд может продолжить разбирательство до рассмотрения судом вопроса о его компетенции".

90. Было указано, что пункт 2 может быть понят или применим только в том случае, когда арбитражное разбирательство началось до начала судебного процесса. Комиссия решила исправить текст пункта 2 таким образом, чтобы было ясно, что сторона не лишается возможности возбудить арбитражное разбирательство из-за того, что вопрос уже передан в суд.

91. Мнения членов Комиссии разошлись по вопросу о том, следует ли изменить текст таким образом, чтобы исключить возможность одновременного ведения разбирательства в суде и арбитражном суде. Согласно одной точке зрения, если арбитражное разбирательство уже началось, то суду следует отложить вынесение своего постановления о юрисдикции арбитражного суда до вынесения арбитражного решения. Это предупреждало бы затяжку арбитражного разбирательства и соответствовало бы пункту 3 статьи VI Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 год). Согласно другой точке зрения, если перед судом поставлен вопрос о недействительности арбитражного соглашения, определенный приоритет следует предоставить судебному разбирательству, признавая право судов приостанавливать арбитражное разбирательство или,по крайней мере,препятствуя вынесению арбитражного решения арбитражным судом.

92. Среди участников преобладало мнение о том, чтобы оставить существующий текст пункта 2 по этому вопросу без изменений. Предоставление арбитражному суду возможности продолжать разбирательство, и в том числе выносить арбитражное решение, пока вопрос о его юрисдикции находится на рассмотрении суда, будет способствовать быстрому решению арбитражного спора. Указывалось, что расходы можно сократить, ожидая решения суда в тех случаях, когда суд позднее не признает юрисдикцию арбитражного суда. Однако по той же самой причине не рекомендовалось откладывать вынесение судебного постановления о юрисдикции арбитражного суда. Кроме того, в тех случаях, когда арбитражный суд имеет серьезные сомнения относительно своей юрисдикции, он, вероятно, либо прибегнет к окончательному разрешению этого вопроса в форме постановления по отводу, как это предусмотрено в статье 16(2), либо, пользуясь свободой усмотрения, предоставляемой ему статьей 8(2), будет ожидать решения суда, прежде чем продолжить арбитражное разбирательство.

93. Было отмечено, что о возражениях относительно наличия действительного арбитражного соглашения говорится в статьях 8(I), I6(2), 34(2) (a) (i) и 36(I) (a) (i), которые, очевидно, позволяют стороне, желающей чинить препятствия ведению арбитража или задерживать его, выдвигать те же самые возражения на четырех различных этапах. Комиссия согласилась с тем, что, хотя в типовом законе невозможно разрешить потенциальные коллизии, связанные с компетенцией и обязательным действием их решений, между судами различных государств или между одним из таких судов и арбитражным судом, при рассмотрении этих статей следует учитывать необходимость внутренней последовательности с целью снижения эффекта возможной тактики проволочек.

94. После обсуждения Комиссия приняла статью 8 с изменением пункта 2 следующим образом: "Тот факт, что в суд, указанный в пункте I настоящей статьи, подан иск, не мешает стороне начать арбитражное разбирательство или, если арбитражное разбирательство уже началось, не лишает арбитражный суд возможности продолжать ведение дела / включая принятие арбитражного решения /, пока вопрос о / его / юрисдикции находится на рассмотрении суда".

* * *

Статья 9. Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда

95. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 9:

> "Обращение стороны в суд до или во время арбитражного разбирательства с просьбой о принятии обеспечительных мер защиты и вынесение судом решения о принятии таких мер не является несовместимым с арбитражным соглашением".

96. Комиссия приняла основную идею, лежащую в основе данной статьи, и подтвердила мнение о том, что данное положение охватывает широкий круг мер и включает, в частности, обеспечительный арест до вынесения арбитражного решения. Было указано, что обеспечительные меры, совместимые с арбитражным соглашением, могут, например, относиться и к охране торговых секретов и информации владельцев. Было признано, что сама по себе статья 9 не регулирует вопрос о том, какие обеспечительные меры защиты предоставлены той или иной стороне. В ней просто отражен тот принцип, что просьба о какой-либо судебной мере, допустимой в соответствии с той или иной правовой системой, и предоставление такой меры судом этого государства совместимы с тем, что стороны договорились о разрешении своего спора с помощью арбитража.

97. Такое понимание дало также ответ на вопрос о том, не препятствует ли статья 9 сторонам исключить из соглашения право обращаться в суд за всеми или определенными обеспечительными мерами. Хотя данную статью не следует понимать так, что она препятствует такому соглашению об исключении, ее не следует понимать также в том смысле, что она прямо предусматривает возможность такого соглашения об исключении. Было решено, что правильное понимание статьи 9 может быть более четким, если вместо термина "арбитражное соглашение" использовать термин "какое-либо арбитражное соглашение". Комиссия приняла статью 9 при условии этого изменения.

* * *

ГЛАВА III. СОСТАВ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Статья I0. Число арбитров

98. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи I0:

> "I) Стороны могут по своему усмотрению определять число арбитров.
>
> 2) Если стороны не определяют этого числа, то назначаются три арбитра".

99. Комиссия приняла эту статью.

* * *

Статья II. Назначение арбитров

100. На рассмотрение Комиссии был представлен следующий текст статьи II:

"1) Ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его национальности, если стороны не договорились об ином.

2) Стороны могут по своему усмотрению согласовать процедуру назначения арбитра или арбитров при условии соблюдения положений пунктов 4 и 5 настоящей статьи.

3) В отсутствие такого соглашения

a) при арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра, и два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра, если сторона не назначит арбитра в течение тридцати дней после того, как с такой просьбой к ней обратилась другая сторона, или если два арбитра в течение тридцати дней с момента их назначения не договорятся о выборе третьего арбитра, то такое назначение осуществляется по просьбе одной из сторон судом, указанным в статье 6;

b) при арбитраже с единоличным арбитром, если стороны не договорятся о выборе арбитра, он назначается по просьбе одной из сторон судом, указанным в статье 6.

4) Если при процедуре назначения, согласованной сторонами,

a) одна из сторон не действует в соответствии с такой процедурой; или

b) стороны или два арбитра не могут достичь соглашения в соответствии с такой процедурой; или

c) компетентный орган не выполняет какую-либо функцию, возложенную на него в соответствии с такой процедурой,

любая сторона может просить суд, указанный в статье 6, принять необходимые меры, если в соглашении о процедуре назначения не предусмотрено других способов обеспечения назначения.

5) Решение по любому вопросу, принимаемому в соответствии с пунктами (3) или (4) судом, указанным в статье 6, является окончательным. При назначении арбитра суд учитывает любые требования, предъявляемые к арбитру в соответствии с соглашением сторон, и такие соображения, которые могут обеспечить назначение независимого и беспристрастного арбитра, а в случае назначения единоличного или третьего арбитра, принимает также во внимание желательность назначения арбитра иной национальности, нежели национальность сторон".

Пункты 1 и 2

101. Комиссия приняла эти пункты. В связи с этим отмечалось, что в типовом законе не содержится ясно сформулированного положения о том, что арбитражный суд должен состоять из беспристрастных и независимых судей. При этом, однако, понималось, что данный согласованный принцип достаточно четко вытекает из других положений типового закона, в частности статьи 12, в которой излагаются основания для отвода.

Пункт 3

102. Комиссия приняла подпункт (a), заменив слова "в течение тридцати дней после того, как с такой просьбой к ней обратилась другая сторона" словами "в течение тридцати дней после того, как такая просьба была получена от другой стороны".

103. Было предложено указать в подпункте (b) соответствующий срок, как это было предусмотрено в положении подпункта (a). Комиссия решила, что нет необходимости указывать такой срок в данном подпункте, поскольку лицами, которые, как предполагается, должны придти к согласию, являются сами стороны, чья неспособность достичь согласия становится очевидной из просьбы одной из них, направляемой в суд. Соответственно подпункт (b) был утвержден в существующем виде.

Пункт 4

104. Отмечалось, что термин "компетентный орган", использованный в подпункте (c), не определен в типовом законе. Комиссия решила, что этот термин следует заменить соответствующей формулировкой и изменить подпункт следующим образом: "третья сторона, включая учреждение, которому стороны поручили выполнять функцию, связанную с назначением арбитров, не выполняет эту функцию". Было отмечено, что такое изменение делает ненужным включение в статью 2 определение термина "компетентный орган".

Пункт 5 и предложения, касающиеся функций суда

105. Комиссия приняла пункт 5.

106. В отношении функций суда, предусмотренных в пунктах 3, 4 и 5, было высказано замечание, продиктованное озабоченностью, выраженной ранее в связи со статьей 2(e) (см. пункт 42, выше). Отмечалось, что положения статьи II, касающиеся функций суда, в частности, если их рассматривать вместе с положениями типового закона относительно получения письменных сообщений, можно толковать как лишающие суд права применять внутренние процессуальные нормы, которые, предусматривая, например, определенную форму уведомлений или оповещения через средства массовой информации, могли бы помочь уменьшить риск того, что какая-либо сторона может оказаться вовлеченной в арбитражное разбирательство без ее ведома. Комиссия постановила уточнить, что положение о получении уведомлений касается не судебного разбирательства или судебных мер, а лишь самого арбитражного разбирательства, в том числе любых действий в процессе назначения, предпринимаемых стороной, арбитром или компетентным органом.

107. В соответствии с согласием, достигнутым в ходе обсуждения территориальной сферы применения и возможных исключений (см. пункты 76-77, выше), Комиссия рассмотрела вопрос о том, должна ли судебная помощь в процессе назначения, как предусмотрено в статье II(3), (4), (5), предоставляться даже до определения места арбитража, поскольку именно определение места арбитража обусловливает общую применимость (типового) закона в государстве, в котором он был принят.

108. По мнению одного из участников, типовой закон не должен содержать каких-либо положений подобного рода, поскольку представляется трудным найти приемлемый связующий фактор, и прежде всего в нем нет острой необходимости, учитывая ограниченность случаев, когда стороны не приходят к согласию как о месте арбитража, так и о компетентном органе, а также поскольку даже в таких редких случаях они могут использовать стройную систему применимого права или правовых норм.

109. Однако большинство придерживалось того мнения, что типовой закон должен предусматривать такую помощь, которая способствовала бы международному торговому арбитражу, позволяя стороне, предпринимающей настойчивые усилия, обеспечить учреждение арбитражного суда. Относительно того, что именно должно являться связующим фактором, высказывались следующие предложения: a) коммерческое предприятие ответчика, b) коммерческое предприятие истца, c) коммерческое предприятие либо истца, либо ответчика.

110. Комиссия после обсуждения пришла к согласию, что государство, принимающее типовой закон, должно обеспечивать услуги своего суда, упомянутого в статье 6, для назначения арбитра согласно статье II в тех случаях, когда ответчик имеет свое коммерческое предприятие в "этом государстве" и, возможно, в тех случаях, когда истец имеет свое коммерческое предприятие в этом государстве, при условии, что суд в стране ответчика не выполняет эту функцию.

111. При последующем обсуждении вопроса о территориальной сфере применения типового закона Комиссия постановила не распространять применимость статей II, 13 и 14 на период, предшествующий определению места арбитража. (Это обсуждение см. в пунктах 79-81, выше).

* * *

Статья I2. Основания для отвода

II2. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи I2:

"I) В случае обращения к какому-либо лицу в связи с его возможным назначением в качестве арбитра, это лицо должно сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в отношении его беспристрастности или независимости. Арбитр с момента его назначения и в течение всего арбитражного разбирательства должен без промедления сообщать сторонам о любых таких обстоятельствах, если он не уведомил их об этих обстоятельсвах ранее.

2) Арбитру может быть заявлен отвод только при наличии обстоятельств, вызывающих обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости. Сторона может заявить отвод арбитру, которого она назначила или в назначении которого она принимала участие, лишь по причинам, которые стали ей известны после его назначения".

Пункт I

II3. Комиссия приняла пункт I.

Пункт 2

II4. Было отмечено, что иногда стороны договариваются о том, что арбитры должны обладать определенной профессиональной или торговой квалификацией, и было предложено зафиксировать в типовом законе этот аспект автономии стороны, включив в пункт 2 ссылку на любые дополнительные основания для отвода, о которых стороны могут договориться. Хотя были выражены некоторые сомнения относительно необходимости такого добавления к статье I2, Комиссия, тем не менее, решила принять это предложение и просила специальную рабочую группу в составе представителей Алжира, Индии и Соединенных Штатов подготовить проект, отражающий это решение.

II5. На основе предложения специальной рабочей группы Комиссия приняла следующую измененную формулировку первого предложения статьи I2(2): "Арбитру может быть заявлен отвод только при наличии обстоятельств, вызывающих обоснованное сомнение относительно его беспристрастности или независимости, либо если он не обладает квалификацией, обусловленной соглашением сторон".

II6. Были высказаны различные точки зрения относительно слова "только" в первом предложении пункта 2. Согласно одному изменений, это слово следует исключить, потому что могут быть основания для отвода, которые не обязательно будут охватываться словами "беспристрастности или независимости", например, помимо вопроса об объективности или беспристрастности арбитра, веским основанием для отвода может быть его национальность, если учитывать политику, проводимую его правительством.

II7. Согласно другой точке зрения, слово "только" является полезным в том смысле, что оно исключает другие основания для отвода, не затрагиваемые в типовом законе. Было указано, что в большинстве случаев, которые подпадают под вышеприведенный пример, обстоятельства всегда будут вызывать обоснованные сомнения относительно беспристрастности или независимости арбитра.

II8. Согласно еще одной точке зрения, первое предложение пункта 2 следует толковать как ограничение оснований для отвода только теми, которые предусмотрены в типовом законе даже без слова "только". Однако, чтобы внести ясность в этот вопрос, некоторые из тех, кто поддерживает данное мнение, предложили сохранить слово "только".

II9. Комиссия решила оставить слово "только" в первом предложении пункта 2. При этом Комиссия отметила, что соответствующее положение статьи I0(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, по образцу которого составлено обсуждаемое положение типового закона, не содержит слово "только". Однако было высказано мнение о том, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, представляя собой договорные нормы, не может влиять на применение каких-либо других оснований для отвода, предусматриваемых в императивных нормах применимого права, в то время как может быть желательным, чтобы в типовом законе не предусматривалось применение таких других оснований для отвода при международном торговом арбитраже.

* * *

Статья I3. Процедура отвода

I20. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи I3:

"I) Стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре отвода арбитра при условии соблюдения положений пункта 3 настоящей статьи.

2) В отсутствие такой договоренности сторона, намеревающаяся заявить отвод арбитру, в течение пятнадцати дней после того, как был сформирован арбитражный суд или ей стало известно о любых обстоятельствах, указанных в статье I2(2), считая с той даты, которая окажется более поздней, сообщает арбитражному суду в письменной форме мотивы отвода. Если арбитр, в отношении которого заявлен отвод, сам не прекращает выполнять свои функции или другая сторона не соглашается с отводом, решение об отводе принимается арбитражным судом.

3) Если заявление об отводе при применении любой процедуры, согласованной сторонами, или процедуры, предусмотренной в пункте 2 настоящей статьи, не удовлетворяется, сторона, заявляющая отвод, может в течение пятнадцати дней после получения уведомления о решении об отклонении отвода просить суд, указанный в статье 6, принять решение по отводу, которое будет окончательным; во время рассмотрения такой просьбы арбитражный суд, включая арбитра, которому заявлен отвод, может продолжать арбитражное разбирательство".

Общие прения по вопросу о целесообразности контроля со стороны суда в ходе арбитражного разбирательства

I2I. Прежде чем подробно рассмотреть положения этой статьи, Комиссия провела общие прения по вопросу о целесообразности контроля со стороны суда в ходе арбитражного разбирательства. По этому вопросу были высказаны различные мнения.

I22. Согласно одному из мнений, контроль со стороны суда, предусмотренный в статье I3(3), является нецелесообразным и должен быть, по крайней мере, ограничен, с тем чтобы уменьшить риск применения тактики проволочек. Одно из предложений состояло в том, чтобы изъять это положение, исключив тем самым контроль со стороны суда в ходе арбитражного разбирательства, или существенно ограничить его применение, например теми редкими случаями, когда единоличному арбитру или большинству членов арбитражного суда заявляется отвод. Другое предложение заключалось в том, чтобы заменить в пункте I слова "при условии соблюдения положений пункта 3 настоящей статьи" словами "и решение, принятое в соответствии с этой процедурой, является окончательным". Основная цель этого предложения состояла в том, чтобы судебный контроль, предусмотренный в пункте 3, допускался лишь в том случае, если стороны не достигли договоренности о процедуре отвода и, в частности, не поручили какому-либо учреждению или третьему лицу принять решение по отводу. Было выдвинуто еще одно предложение о том, чтобы предоставить арбитражному суду возможность определить, должен ли судебный контроль допускаться сразу или только после вынесения арбитражного решения. Это предложение было выдвинуто с целью возможного решения проблемы, состоящей в том, что в соответствии со статьей I3 арбитр, которому заявлен отвод, имеет полное право прекратить выполнение своих функций и что в результате его ухода стороне, назначившей арбитра, может быть причинен ущерб в связи с дополнительными издержками и задержкой.

I23. Согласно другому мнению, значение, придаваемое вмешательству суда в статье I3(3), является недостаточным, поскольку это положение позволяет арбитражному суду, включая арбитра, которому заявлен отвод, продолжать арбитражное разбирательство, независимо от того факта, что вопрос об отводе находится на рассмотрении суда. В поддержку этого мнения указывалось, что подобное продолжение арбитражного разбирательства приведет к ненужной потере времени и издержкам, если позднее суд поддержит отвод. В статье I3 необходимо, по крайней мере, указать, что арбитражный суд не может продолжать разбирательство, если суд постановил приостановить арбитражное разбирательство.

I24. Большинство, однако, считало целесообразным сохранить систему, принятую в статье I3, поскольку она обеспечивает необходимое равновесие между необходимостью предотвращения тактики создания препятствий и проволочек и стремлением избежать ненужных затрат времени и денежных средств.

I25. Комиссия после обсуждения согласилась с мнением большинства.

Пункт I

I26. Комиссия приняла это положение.

Пункт 2

I27. Комиссия не приняла предложение предусмотреть в пункте 2, что полномочия единоличного арбитра, которому заявлен отвод, но который не прекращает выполнять свои функции, прекращаются на основании этого отвода.

I28. Комиссия не приняла предложение исключить арбитра, которому заявлен отвод, из участия в обсуждениях и принятии решения об отводе арбитражным судом.

I29. Отмечалось, что процедура отвода, предусмотренная в пункте 2, применяется в отношении единоличного арбитра, а также в отношении отвода одного или нескольких арбитров арбитражного суда, состоящего из нескольких арбитров. Отказ единоличного арбитра сложить с себя свои функции представляет собой отказ принять отвод, который дает основание обращаться в суд согласно пункту 3.

I30. Комиссия утвердила пункт 2 с учетом некоторых редакционных поправок, переданных Комиссией на рассмотрение Редакционной группе.

Пункт 3

I3I. Впоследствии Комиссия постановила согласовать статью I3(3) с пересмотренным вариантом статьи I6(3) (см. пункт I6I, ниже) и заменить срок в I5 дней на 30 дней.

I32. Что касается слов "такое решение... будет окончательным", то Комиссия согласилась, что эта формулировка должна означать, что такое решение не подлежит обжалованию и что это понимание может быть ясно отражено в соответствующей формулировке. С учетом этих изменений пункт 3 был принят Комиссией.

I33. Комиссия обсудила вопрос о том, должен ли типовой закон предусматривать помощь суда в связи с функциями, предусмотренными в статье I3(3), еще до определения места арбитража. Комиссия согласилась, что типовой закон не может реально наделить суд какого-либо государства международной компетенцией, исключающей юрисдикцию другого государства. В типовом законе можно лишь предусмотреть путем использования связующих факторов, таких, как коммерческое предприятие ответчика или истца, такие случаи, когда конкретное государство обеспечивает помощь суда, предусмотренную в статье I3(3). При этом, однако, указывалось, что в данном случае такая помощь может быть менее необходима, чем в процедуре назначения, поскольку судебный контроль в отношении отвода либо предусматривается в применимом арбитражном праве, либо, когда в отношении конкретного дела применяется типовой закон, может осуществляться на основании процедуры отмены арбитражного решения, согласно статье 34.

I34. При последующем обсуждении вопроса о территориальной сфере применения типового закона Комиссия постановила не распространять применимость статей II, I3 и I4 на период, предшествующий определению места арбитража. (Это обсуждение см. в пунктах 79-8I, выше).

* * *

Статья I4. Бездействие или невозможность действия

I35. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи I4:

> "Если арбитр юридически или фактически оказывается не в состоянии выполнять свои функции или бездействует по другим причинам, его мандат прекращает действовать, если арбитр прекращает выполнять свои функции или если стороны договариваются относительно такого прекращения. В случае, если расхождение во мнениях относительно какого-либо из таких оснований остается, любая сторона может обратиться с просьбой к суду, указанному в статье 6, принять решение относительно прекращения действия мандата, которое будет окончательным".

136. Было отмечено, что в статье 14, в отличие от статей 11 и 13, нет четкого указания на то, что сторонам предоставляется свобода договариваться о процедуре в случаях невозможности действия или бездействия арбитра. Однако понималось, что это положение не имеет целью помешать сторонам изменить основания, которые послужат причиной для прекращения действия мандата, или поручить третьему лицу или учреждению принять решение о таком прекращении.

137. Что касается оснований для прекращения, изложенных в настоящей статье, то по этому поводу были внесены различные предложения. Одно из предложений предусматривало исключить слова "юридически или фактически", поскольку они необязательны и могут вызвать трудности при толковании. Комиссия не приняла это предложение, чтобы не нарушать согласованность с соответствующим положением Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (статья 13(2)).

138. Другое предложение заключалось в том, чтобы уточнить значение слов "не действует", например, путем добавления такой формулировки, как "с надлежащей быстротой и эффективностью" или "должной быстротой". В ответ было заявлено, что критерии быстроты и эффективности, несмотря на их важность для ведения арбитражного разбирательства, не должны создавать впечатление, что они являются абсолютными и основными критериями оценки результатов арбитражного разбирательства. Отмечалось, что критерий эффективности особенно неприемлем в контексте статьи 14, поскольку он позволяет суду пересматривать работу арбитражного суда по существу вопроса и давать ей оценку. Меньше оговорок вызвало предложение об отражении идеи о должной быстроте, которая рассматривалась как конкретизация временного элемента, присущего термину "не действует".

139. Несмотря на широкую поддержку, которую получило предложение о сохранении без изменений формулировки статьи 14, которая соответствует формулировке, содержащейся в статье 13(2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, Комиссия после тщательного обсуждения решила добавить к выражению "не действует" формулировку "с должной быстротой". Было решено, что это добавление необходимо только для разъяснения текста, и оно не придает словам "не действует" значения, отличающегося от соответствующей формулировки, содержащейся в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ.

140. Было внесено предложение об изменении проекта статьи 14 с целью охвата также случаев прекращения действия мандата, включенных в статью 15, без изменения существа этих двух статей. Комиссия поручила специальной рабочей группе в составе представителей Индии и Танзании подготовить проект статьи 14.

141. Специальная рабочая группа предложила следующий измененный вариант статьи 14:

> "Мандат арбитра прекращает действовать, если он юридически или фактически оказывается не в состоянии выполнять свои функции или не действует по другим причинам [с должной быстротой], или если арбитр прекращает выполнять свои функции по любой причине, или если стороны договариваются о прекращении действия его мандата. Однако в случае разногласий относительно какого-либо из таких оснований любая сторона может обратиться к суду, указанному в статье 6, с просьбой о принятии решения относительно прекращения действия мандата. Такое решение суда будет окончательным".

142. В ходе работы Комиссии было выражено опасение, что предлагаемая новая редакция статьи 14 может непреднамеренно изменить сущность этого положения. В частности, не ясно, когда прекращает действовать мандат арбитра, если арбитр не действует. После обсуждения это предложение было отклонено и было решено сохранить первоначальный текст, включив в него слова "с должной быстротой", что было согласовано ранее.

143. При последующем обсуждении вопроса о территориальной сфере применения типового закона Комиссия постановила не распространять применимость статей 11, 13 и 14 на период, предшествующий определению места арбитража. (Обсуждение этого вопроса см. в пунктах 79-81, выше).

* * *

Статья I4-бис

I44. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи I4-бис:

"Тот факт, что в случаях, предусмотренных в статье I3(2) или статье I4, арбитр отказывается от выполнения своих функций или сторона соглашается с прекращением действия мандата арбитра, не означает признания любого основания, упомянутого в статье I2(2) или в статье I4".

I45. Комиссия приняла эту статью. Впоследствии она была включена Редакционной группой в статью I4 в качестве нового пункта (2).

* * *

Статья I5. Назначение нового арбитра

I46. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи I5:

"Если мандат арбитра прекращает действовать на основании статьи I3 или I4 или ввиду прекращения выполнения им своих функций по любой другой причине, или ввиду отмены его мандата по соглашению сторон или в любом другом случае прекращения его мандата, новый арбитр назначается в соответствии с правилами, которые применялись при назначении заменяемого арбитра, если стороны не договорились об ином".

I47. Комиссия приняла предложение исключить из статьи I5 слова "если стороны не договорились об ином", поскольку они могут вызвать определенные трудности. Однако было достигнуто понимание, что признанная в статье II автономия сторон при первоначальном назначении арбитра в той же степени применима и к процедуре назначения нового арбитра, поскольку в статье I5 имеется ссылка на правила, которые применялись при назначении заменяемого арбитра.

I48. В отношении случаев, в которых место проведения арбитража еще не было определено, было отмечено, что, если нового арбитра должен был назначить истец, но он этого не сделал, правило, предусмотренное для статьи II (т.е. правило, касающееся компетенции суда того государства, в котором находятся коммерческие предприятия ответчика), может оказаться неприемлемым при назначении нового арбитра. В качестве одного из возможных решений предлагалось предусматривать в таких случаях, чтобы содействие в назначении нового арбитра оказывалось судом того государства, в котором сторона, не назначившая своего арбитра, имеет коммерческие предприятия, и только в том случае, когда суд этого государства не оказал такое содействие, назначения арбитра можно добиваться от суда в государстве, в котором другая сторона имеет свои коммерческие предприятия. Однако в соответствии с принятым впоследствии решением, о котором говорилось в пункте III, выше, применимость статьи II не распространяется на период, предшествующий определению места арбитража.

* * *

ГЛАВА IУ. КОМПЕТЕНЦИЯ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Статья I6. Право на вынесение постановления о своей компетенции

I49. На рассмотрение Комиссии был представлен следующий текст статьи I6:

"1) Арбитражный суд вправе вынести постановление о своей компетенции в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, считается соглашением, не зависящим от других условий договора. Вынесение арбитражным судом решения о недействительности договора не влечет за собой ipso jure недействительность арбитражной оговорки.

2) Заявление об отсутствии у арбитражного суда компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску. Назначение стороной арбитра или ее участие в назначении арбитра не лишает сторону права сделать такое заявление. Заявление о том, что арбитражный суд выходит за пределы своей компетенции, делается без промедления после того, как арбитражный суд объявил о своем намерении принять решение по вопросу, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы его компетенции. Арбитражный суд может в любом из этих случаев принять заявление, сделанное позднее, если он сочтет задержку оправданной.

3) Арбитражный суд может вынести постановление по заявлению, указанному в пункте 2 настоящей статьи, либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. В обоих случаях постановление арбитражного суда о том, что он обладает компетенцией, может быть оспорено любой стороной лишь в иске об отмене арбитражного решения".

Пункт I

I50. Комиссия согласилась с тем, что слова "в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения" не преследуют цель ограничить "компетенцию в отношении компетенции" арбитражного суда теми случаями, когда сторона выдвигает возражение. Вследствие этого арбитражный суд может по собственной инициативе определить, имеются ли сомнения или вопросы относительно его компетенции, включая вопрос о необходимости передачи спора в арбитраж.

I5I. Что касается права, которым наделяется арбитражный суд в соответствии с пунктом I, то выражалась обеспокоенность по поводу неприемлемости этого принципа для определенных государств, которые не предоставляют таких полномочий арбитрам, или тех сторон, которые не хотят, чтобы арбитры выносили постановление о собственной компетенции. В ответ на это указывалось, что принцип, отраженный в данном пункте, имеет большое значение для проведения международного торгового арбитража; тем не менее в конечном итоге каждое государство при принятии типового закона само определяет, желает ли оно признать этот принцип, и если оно желает этого, то оно может указать в тексте, что стороны могут исключить или ограничить такие полномочия.

I52. Отмечалось, что явно сильное в английском языке выражение "has the power to rule" ("вправе вынести постановление"), например, не отражается должным образом во французском языке словами "peut statuer". После обсуждения Комиссия решила использовать во всех языках менее сильное выражение "может постановить", не отходя при этом от существа соответствующего выражения, используемого в статье 2I(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

I53. Комиссия приняла пункт I с внесенной в него поправкой.

Пункт 2

I54. Указывалось, что третье предложение пункта 2 является слишком неточным, поскольку в нем говорится о проявлении арбитражным судом его намерения принять решение по вопросу, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы его полномочий. Отмечалось, что такое намерение обычно становится ясным лишь тогда, когда имеется арбитражное решение по данному вопросу. Поэтому предлагалось заменить это предложение положением, сформулированным на основе статьи V(I) Женевской конвенции I96I года и состоящим в том, что заявление должно делаться, как только в ходе арбитражного разбирательства будет поставлен вопрос, на который якобы не распространяется юрисдикция арбитражного суда.

I55. Признавалось, что по сравнению с существующим текстом, предлагаемый текст является более точным, однако более жестким. Например, он будет охватывать не только случаи, когда имеется указание на намерение самого арбитражного суда, например, когда он просит представить или рассматривает доказательства, касающиеся вопроса, выходящего за рамки его компетенции, но и случай, когда одна из сторон в своем письменном или устном заявлении ставит такой вопрос. В этом случае другая сторона должна будет без промедления выдвинуть возражение в соответствии с предлагаемым текстом. Была выражена озабоченность в связи с тем, что стороны, не имеющие большого опыта в международном торговом арбитраже, могут не осознать, что возник вопрос, выходящий за рамки компетенции арбитражного суда, и что они должны быстро представить возражения. Кроме того, было высказано мнение, что в некоторых случаях регулирующий закон, а следовательно, и ограничения в связи с подсудностью некоторых споров могут быть не определены до вынесения арбитражного решения, что лишает возможности выдвинуть возражения ранее этого момента. В результате невозможность более раннего заявления возражений не обязательно должна препятствовать применению этой меры в ходе разбирательства об отмене решения или разбирательства о признании и приведении в исполнение.

I56. После обсуждения Комиссия приняла пункт 2 при условии изменения третьего предложения следующим образом: "Заявление о том, что арбитражный суд вышел за пределы своей компетенции, делается, как только вопрос, на который якобы не распространяется компетенция арбитражного суда, поднимается в ходе арбитражного разбирательства".

Пункт 3

157. Комиссия приняла лежащий в основе пункта 3 принцип о том, что право арбитражного суда на вынесение постановления о своей компетенции подлежит контролю со стороны суда. Однако наблюдалось расхождение мнений относительно того, когда и при каких обстоятельствах возможно обращение в суд по этому поводу.

158. Согласно одной точке зрения, решение, принятое в пункте 3, приемлемо в том смысле, что оно позволяет осуществить такой контроль суда только в ходе разбирательства об отмене арбитражного решения и в контексте признания и приведения в исполнение арбитражных решений, что должно быть четко указано в тексте. Такое решение предпочтительнее чем непосредственный контроль суда, поскольку оно не допустит злоупотреблений одной стороной в целях затягивания или создания препятствий для разбирательства.

159. Согласно другой точке зрения, пункт 3 следует изменить таким образом, чтобы уполномочить арбитражный суд предоставлять право обращения в суд или каким-либо иным образом, например путем вынесения своего постановления в форме арбитражного решения разрешать осуществление непосредственного контроля суда. В поддержку такого предложения отмечалось, что такая гибкость желательна, поскольку она позволит арбитражному суду определять в каждом конкретном случае, будет ли риск тактики проволочек сильнее, чем противоположная опасность ненужной потери времени и денежных средств. В связи с возможностью возникновения такой опасности было внесено предложение об уменьшении ее последствий с помощью некоторых или всех оговорок, предусмотренных в связи с контролем суда за отводом арбитра в статье 13(3), т.е. короткого периода времени, окончательного характера решения, возможности продолжать арбитражное разбирательство и выносить арбитражное решение.

160. Согласно еще одному мнению, необходимо разрешить сторонам немедленно обращаться в суд, чтобы добиться определенности в важном вопросе юрисдикции арбитражного суда. С этой целью были внесены различные предложения. Одно из предложений заключалось в том, чтобы принять решение, предусмотренное в статье 13(3), и таким образом разрешить непосредственный контроль суда в каждом случае, когда арбитражный суд выносит постановление о своей юрисдикции в качестве вопроса предварительного характера. Другое предложение состояло в том, чтобы потребовать от арбитражного суда по просьбе одной из сторон вынести постановление о своей юрисдикции в качестве вопроса предварительного характера, которое будет подлежать непосредственному контролю суда. Было выдвинуто также предложение о том, чтобы вновь ввести в текст предыдущий проект статьи 17 8/. Отмечалось, что если вновь ввести это положение в типовой закон, то, возможно, отпадет необходимость принимать для одновременного контроля суда в статье 16(3) жесткое решение, которое исключало бы возможность усмотрения со стороны арбитражного суда.

161. После обсуждения Комиссия решила не включать вновь предыдущий проект статьи 17, а предусмотреть непосредственный контроль суда в статье 16(3) в соответствии с решением, принятым в статье 13(3). Комиссия утвердила статью 16 в следующем измененном виде:

> "3) Арбитражный суд может вынести постановление по заявлению, указанному в пункте 2 настоящей статьи, либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. Если арбитражный суд определит в предварительном постановлении, что он обладает компетенцией, любая сторона в течение тридцати дней после получения уведомления об этом постановлении может обратиться в суд, указанный в статье 6, с просьбой решить данный вопрос, и это решение обжалованию не подлежит; пока такая просьба находится на рассмотрении, арбитражный суд может продолжать арбитражное разбирательство".

162. Комиссия постановила привести статью 13(3) в соответствие с этим измененным вариантом статьи 16(3) и,таким образом,заменить в статье 13(3) период в пятнадцать дней периодом в тридцать дней, а выражение "будет окончательным" словами "обжалованию не подлежит".

163. Было отмечено, что второе предложение статьи 16(3) не охватывает тот случай, когда арбитражный суд выносит постановление о том, что он не обладает компетенцией. Следовательно, в таком случае статья 16(3), если ее читать вместе со статьей 5, не препятствует обращению в суд для получения решения о том, существует ли действительное арбитражное соглашение. Было признано, что постановление арбитражного суда об отсутствии у него компетенции в отношении разбирательства, является окончательным, поскольку нецелесообразно заставлять судей, которые вынесли такое постановление, продолжать разбирательство.

* * *

Статья I8. Полномочие арбитражного суда на вынесение решения о принятии обеспечительных мер

I64. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи I8:

"Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может по просьбе одной из сторон вынести постановление о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер защиты в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми. Арбитражный суд может потребовать от любой стороны предоставить обеспечение возмещения расходов по принятию таких мер".

I65. Предлагалось не сохранять это положение, поскольку его сфера применения не была достаточно четко определена и поскольку оно имело ограниченное практическое применение с точки зрения возможностей принятия судом обеспечительных мер, подлежащих принудительному осуществлению. Кроме того, полномочия, предоставляемые арбитражному суду, могут осуществляться в ущерб стороне, если позднее окажется, что обеспечительная мера была неоправданной. Поэтому если необходимо сохранить это положение, то следует уменьшить риск, расширив объем обеспечения, о котором говорится во втором предложении, для возмещения не только расходов по принятию такой обеспечительной меры, но и любого возможного или предполагаемого ущерба для стороны.

I66. Комиссия после обсуждения решила сохранить статью, поскольку она полезна для подтверждения того, что в мандат арбитражного суда включено право на вынесение постановления о таких мерах, если стороны не договорились об ином. Что касается предложения о расширении объема обеспечения, которого от стороны или сторон может потребовать арбитражный суд, то Комиссия согласилась с тем, что, с одной стороны, не следует сохранять предполагаемого ограничения требования в отношении обеспечения возмещения расходов по принятию таких мер и что, с другой стороны, ссылка на ущерб для стороны была бы нецелесообразной, поскольку типовой закон не должен рассматривать вопросы, связанные с обоснованием или объемом возможной ответственности за ущерб. Поэтому Комиссия решила использовать более общую формулировку и предусмотреть, что арбитражный суд может потребовать от любой стороны предоставления "соответствующего обеспечения". Отмечалось, что это изменение не должно приводить к такому толкованию слов "обеспечения расходов по осуществлению таких мер" (согласно статье 26(2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ), которое исключало бы возможность включения в объем такого обеспечения любого предвидимого ущерба для стороны.

I67. Что касается круга обеспечительных мер, охватываемых этим положением, то, как отмечалось, одной из возможных мер при соответствующих обстоятельствах является постановление, связанное с охраной коммерческой тайны и информаций о собственности.

I68. Отмечалось, что круг обеспечительных мер, охватываемых статьей I8, значительно уже того, который предусмотрен статьей 9, и что в статье I8 не регулируется вопрос о возможности принудительного осуществления таких мер, принятых арбитражным судом. Тем не менее отмечалось, что еще имеется область, в которой возможно дублирование и возникновение коллизий в связи с мерами, принимаемыми арбитражным судом и судом. Поэтому предлагалось, чтобы в типовом законе предусматривалось урегулирование таких коллизий, например, путем предоставления приоритета решениям судов.

I69. Комиссия после обсуждения согласилась с тем, что в типовой закон не следует включать положение об урегулировании подобных коллизий. Указывалось, что этот вопрос должен решаться каждым государством в соответствии с его принципами и законами, относящимися к компетенции его судов и юридическим последствиям решений судов. В этом контексте отмечалось, что статья 9 сама по себе не создает и не увеличивает возможности подобной коллизии, поскольку она не регулирует вопрос о том, предусматриваются ли вообще и в каком объеме предусматриваются судебные меры в рамках данной правовой системы; она лишь выражает принцип, согласно которому любая просьба о принятии такой обеспечительной меры и вынесение решения о таком принятии, если это возможно, в рамках правовой системы не являлись бы несовместимыми с согласием сторон урегулировать свой спор путем арбитража вне рамок суда.

* * *

ГЛАВА У. ВЕДЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Статья I9. Определение правил процедуры

I70. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи I9:

"I) При условии соблюдения положений настоящего Закона стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства арбитражным судом.

2) В отсутствие такого соглашения арбитражный суд может с соблюдением положений настоящего Закона вести арбитраж таким образом, какой он сочтет целесообразным. Полномочия, предоставленные арбитражному суду, включают полномочия на определение допустимости, относимости, существенности и значимости любого доказательства.

3) В обоих случаях к сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должна быть предоставлена полная возможность использовать все свои права в арбитражном разбирательстве".

Пункт I

I7I. В отношении пункта I были выдвинуты два различных предложения. Суть одного предложения состояла в том, чтобы сделать ясным в типовом законе, что свобода сторон договариваться о процедуре должна сохраняться на протяжении всего арбитражного разбирательства. Суть другого предложения состояла в том, чтобы дать возможность сторонам определять правила процедуры после того, как арбитры приняли на себя свои обязанности лишь в той мере, в которой с этим согласны сами арбитры.

I72. Ни одно из этих предложений не было принято. Хотя положение в его настоящем виде подразумевает, что стороны обладают постоянным правом на изменение процедуры, арбитров практически невозможно заставить принять изменения в процедуре, если они того не желают, поскольку они могут сложить с себя свои обязанности, если они не пожелают следовать новым процедурам, согласованным сторонами. Было отмечено, что допустимый срок для изменения процедуры ведения разбирательства может быть определен на основе договоренности между сторонами и арбитрами.

Пункт 2

I73. Было отмечено, что поскольку в некоторых правовых системах вопрос допустимости, относимости, существенности и значимости доказательства будет рассматриваться в качестве вопроса материального права, то возникает вопрос о связи между вторым предложением пункта 2 и статьей 28.

I74. Понималось, что цель пункта 2 состоит в признании свободы усмотрения арбитражного суда, на что не будет влиять выбор права, применимого к существу спора.

I75. Комиссия приняла пункт 2.

Пункт 3

I76. Комиссия согласилась, что положение, содержащееся в пункте 3, является основным принципом, который применим ко всему арбитражному разбирательству, и что поэтому положение должно стать отдельной статьей I8-бис и поместить его следует в начале главы У типового закона. Это решение было вынесено в предварительном порядке в контексте обсуждения статьи 22 (см. пункты I89-I94, ниже) и подтверждено впоследствии при обсуждении статьи I9(3),

* * *

Статья 20. Место арбитража

I77. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 20:

"I) Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража. В отсутствие такой договоренности место арбитража определяется арбитражным судом.

2) Несмотря на положение пункта I настоящей статьи, арбитражный суд может, если стороны не договорились об ином, проводить заседания в любом месте, которое он считает надлежащим для проведения консультаций между его членами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон, или для осмотра товаров, другого имущества или документов".

I78. Предлагалось добавить в конце второго предложения пункта I следующие слова "с учетом обстоятельств арбитража, включая соображения удобства для сторон". В поддержку этого предложения указывалось, что место арбитража имеет большое практическое значение и что включение соображений, касающихся удобства для сторон, в качестве определяющего фактора, могло бы устранить опасения некоторых лиц, особенно в развивающихся странах, в связи с тем, что им может быть навязано неудобное для них место арбитража. Было отмечено, что эти опасения имелись и у других стран.

I79. По вопросу о целесообразности предлагаемой формулировки мнения разошлись. Согласно одному мнению, в этих дополнительных словах нет необходимости, поскольку они отражают принцип, который и без того косвенным образом вытекает из статьи I9(3). Особые возражения высказывались против слов "включая соображения удобства для сторон". Отмечалось, что указание лишь на некоторые обстоятельства, которые должны быть приняты во внимание арбитрами при определении места арбитража, привело бы к несбалансированности, поскольку не менее важное значение могут иметь другие факторы, такие, как приемлемость применимого процедурного права, наличие процедур для признания или приведения в исполнение арбитражных решений, согласно Нью-йоркской конвенции I958 года или другим двусторонним или многосторонним договорам, или в конечном счете факт принятия государством типового закона. Отмечалось также, что в статье I6(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ предусматривается, что при определении места арбитража арбитры должны принимать во внимание обстоятельства арбитража, однако соображения удобства для сторон в этой статье не упоминаются. Высказывалось мнение о нежелательности расхождения в данном вопросе между этими двумя текстами.

I80. Вместе с тем, по мнению большинства, в типовом законе следует упомянуть о соображениях удобства для сторон в качестве одного из обстоятельств, имеющих большое значение для определения места арбитража в международном торговом арбитраже. В то же время подразумевалось, что соображения удобства для сторон следует толковать как включающие вышеупомянутые соображения, касающиеся применимого процедурного права и возможности приведения в исполнение арбитражных решений.

I8I. Комиссия приняла статью 20 с поправкой.

* * *

Статья 2I. Начало арбитражного разбирательства

I82. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 2I:

"Если стороны не договорились об ином, арбитражное разбирательство спора начинается в день, когда просьба о передаче этого спора в арбитраж получена ответчиком".

I83. Было внесено предложение, состоящее из двух частей. Согласно первой части, просьба о передаче спора в арбитраж имела бы ту же юридическую силу, что и просьба, представленная в суд. Согласно второй части предложения, на истца, предъявляющего иск в суде в течение короткого периода времени после получения постановления арбитражного суда, отклоняющего юрисдикцию, или после получения постановления, отклоняющего решение, не может распространяться возражение, основанное на истечении срока исковой давности.

184. Высказывалось мнение о важности этой проблемы. Данное предложение повысило бы эффективность международного торгового арбитража, обеспечив истцу в арбитраже определенную степень защиты против истечения срока исковой давности, которой пользуется истец в судебном разбирательстве. В ряде правовых систем содержатся нормы, аналогичные предложенной, в то время как во многих других системах таких норм не имеется, и было бы целесообразно обеспечить единообразие в этом отношении. Отмечалось, что аналогичный результат достигается статьями 14(1) и 17 разработанной Комиссией Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров от 1974 года. Эти положения сформулированы следующим образом:

Статья 14

"1) Если по соглашению сторон спор между ними подлежит разрешению в арбитраже, течение срока исковой давности прерывается, когда любая из сторон возбуждает арбитражное разбирательство в соответствии с порядком, который предусмотрен арбитражным соглашением или правом, применимым к такому разбирательству".

Статья 17

"1) Если требование предъявлено в пределах срока исковой давности в соответствии со статьями 13, 14, 15 и 16, но рассмотрение спора закончилось без вынесения решения по существу требования, течение срока исковой давности не будет считаться прерванным.

2) Если на момент такого окончания рассмотрения спора срок исковой давности истек или истекает менее чем через год, кредитор имеет право на предъявление требования в течение одного года, считая со дня окончания рассмотрения спора".

185. Вместе с тем, по мнению большинства, не следует включать в типовой закон положение, касающееся предлагаемых вопросов, хотя признавалось, что эта проблема существует, и было бы желательно найти ее единообразное решение. Такое положение затрагивает вопросы, которые рассматриваются во многих правовых системах как вопросы, относящиеся к материальному праву, и, таким образом, они могут рассматриваться как выходящие за пределы действия типового закона. В некоторых странах сроки исковой давности указаны в ряде различных законов, и в некоторых случаях они определяются различными внутренними правовыми нормами. Устанавливать особую норму, касающуюся последствий исковой давности в связи с началом международного торгового арбитража, было бы неправильно, и это могло бы внести неясность. В связи с этим для разработки нормы, аналогичной предлагаемой и приемлемой для различных правовых систем, требуется тщательное изучение связанных с этим вопросов, которое ввиду нехватки времени не может быть проведено на текущей сессии.

186. В первую очередь по этой причине Комиссия, проведя прения по этому вопросу, решила не принимать это предложение. Однако она согласилась с тем, что следует привлечь внимание государств к этой проблеме, имеющей большое практическое значение, с целью рассмотрения вопроса о введении положений, которые, согласуясь с принципами и нормами той или иной правовой системы, постановили бы арбитражное разбирательство на равную основу с судебным разбирательством в этом отношении.

187. Комиссия не приняла предложения о включении в статью 21 нормы, предусматривающей, что в случае проведения арбитража каким-либо арбитражным учреждением арбитражное разбирательство начинается в тот день, когда арбитражное учреждение получает просьбу об арбитраже. Хотя это предложение получило некоторую поддержку, по мнению большинства, трудно было бы сформулировать единый подход к этой проблеме в связи с большим многообразием норм, используемых различными арбитражными учреждениями в отношении вопроса о начале арбитражного разбирательства, включая тот факт, что, согласно некоторым нормам, нет необходимости в получении арбитражным учреждением просьбы о проведении арбитража. Отмечалось, что, поскольку положения статьи 21 обусловлены возможностью иного соглашения сторон, цель вышеуказанного предложения может быть достигнута за счет включения в арбитражный регламент положения, аналогичного тому, которое зачастую содержится в стандартных правилах арбитражных учреждений и согласно которому арбитражное разбирательство начинается в тот день, когда арбитражное учреждение получает просьбу о проведении арбитража.

* * *

Статья 22. Язык

188. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 22:

"1) Стороны могут по своему усмотрению договориться о языке или языках, которые будут использоваться при арбитражном разбирательстве. В отсутствие такой договоренности арбитражный суд определяет язык или языки, которые должны использоваться при разбирательстве. Такая договоренность или определение, если в них не оговорено иное, относятся к любому письменному заявлению стороны, любому слушанию и любому арбитражному решению, постановлению или иному сообщению арбитражного суда.

2) Арбитражный суд может распорядиться о том, чтобы любые документальные доказательства сопровождались переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены арбитражным судом".

189. Комиссия отметила, что определение языка или языков, используемых при арбитражном разбирательстве, является как принципиальным, так и практическим вопросом. Принцип, изложенный в статье 19(3), состоит в том, что к сторонам необходимо относиться одинаково и каждая сторона должна располагать полной возможностью изложить свое дело. В то же время признавалось, что подробный устный перевод разбирательства и письменный перевод документов повлекут увеличение арбитражных издержек и в случае большого объема письменного перевода затянут разбирательство.

190. Не было принято как ненужное предложение конкретно предусмотреть в статье 22, что в отсутствие соглашения между сторонами язык или языки, используемые в арбитражном разбирательстве, должны определяться арбитражным судом в соответствии со статьей 19(3). По той же причине Комиссия не приняла предложение прямо указать, что сторона имеет право изложить свою позицию на своем языке при условии, что она обеспечивает устный перевод на язык разбирательства.

191. Еще одно предложение состояло в том, чтобы арбитражное разбирательство осуществлялось на языках сторон, если только стороны не согласятся использовать один язык или арбитражный суд не определит язык арбитражного разбирательства на основе явно выраженных полномочий, возложенных на него сторонами. Сторонники этого предложения отмечали, что в случае, если это предложение не будет принято и арбитражный суд утвердит в качестве языка разбирательства язык, не являющийся языком одной из сторон, тогда типовой закон должен предусматривать, что каждая сторона имеет право выступать в ходе разбирательства на родном языке, а расходы на устный и письменный перевод должны составлять часть арбитражных издержек. Однако это предложение не было принято, поскольку оно было признано слишком жестким и не позволяющим найти приемлемое решение для различных случаев, которые возникают на практике. Было признано целесообразным оставить вопрос об определении языка или языков арбитражного разбирательства на усмотрение арбитражного суда, который при всех обстоятельствах связан статьей 19(3).

192. Учитывая отсутствие в пункте 2 определения слова "перевод", было внесено предложение о том, что перевод должен быть должным образом удостоверен. Это предложение не было принято на том основании, что общее требование об удостоверении переводов повлечет излишние арбитражные издержки.

193. Отмечалось, что, когда разбирательство должно вестись на более чем одном языке, видимо, было бы целесообразно и не наносило бы ущерба интересам сторон переводить соответствующий документ только на один из языков, используемых при разбирательстве. Соответственно было бы предложено четко предусмотреть в пункте 22, что, если при многоязычном разбирательстве арбитражный суд решит, что конкретный документ не обязательно переводить на все языки разбирательства, это решение, per se, не противоречило бы типовому закону. Комиссия придерживалась того мнения, что подобная практика сокращения расходов не запрещается статьей 22, однако она передала на рассмотрение Редакционной группы вопрос о том, достаточно ли ясно это мнение отражено в тексте.

194. Комиссия приняла статью 22 с учетом изменений, которые может внести Редакционная группа, как указано в предыдущем пункте. С тем чтобы подчеркнуть основополагающий характер принципов, изложенных в статье 19(3), и уточнить, что они регулируют все аспекты арбитражного разбирательства, было достигнуто согласие о том, что данный пункт следует изложить в отдельной статье.

* * *

Статья 23. Исковое заявление и возражения по иску

195. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 23:

"1) В течение срока, согласованного сторонами или определенного арбитражным судом, истец должен заявить об обстоятельствах, подтверждающих его исковое требование, о вопросах, подлежащих разрешению, и о содержании своих исковых требований, а ответчик должен заявить свои возражения по этим вопросам. Стороны могут приложить к своим заявлениям все документы, которые они считают относящимися к делу, или могут сделать ссылку на документы или другие доказательства, которые они представят в дальнейшем.

2) Если стороны не договорились об ином, в ходе арбитражного разбирательства любая сторона может изменить или дополнить свои исковые требования или возражения по иску, если только арбитражный суд не признает нецелесообразным разрешить такое изменение или дополнение с учетом допущенной задержки или ущерба для интересов другой стороны, или любых иных обстоятельств".

Пункт 1

196. Комиссия согласилась с тем, что в пункте 1 излагается основополагающий принцип арбитражной процедуры, который стороны не могут отменять, однако,что конкретные процессуальные нормы, касающиеся искового заявления или возражений по иску, должны устанавливаться с согласия сторон. Отмечалось, что процедура, предусмотренная в пункте 1, не соответствует в полной мере процедуре, предусмотренной в регламентах некоторых институционных арбитражей. Комиссия постановила указать различие между обязательным характером принципа, изложенного в пункте 1, и необязательным характером процессуальных норм, добавив в конце первого предложения приблизительно следующие слова: "если только стороны не договорились об ином в отношении содержания и формы таких заявлений".

197. Также отмечалось, что глагол "приложить", содержащийся во втором предложении пункта 1, можно толковать как предусматривающий только письменную форму искового заявления или возражений по иску. Комиссия, согласившись с тем, что такое толкование не имелось в виду, передала данный вопрос на рассмотрение Редакционной группы.

Пункт 2

198. Высказывались разные мнения относительно полномочий арбитражного суда разрешать вносить изменения в исковое заявление или в возражения по иску. Согласно одному мнению, стороны не должны лишаться возможности вносить изменения в свои исковые заявления или в возражения по иску, поскольку любое ограничение в этой связи противоречило бы праву сторон излагать свою позицию. Согласно этому мнению, после слов "арбитражного разбирательства" следует поставить точку. Учитывая, что внесение изменений на последнем этапе разбирательства может вызвать его задержку, было предложено решить данную проблему путем распределения арбитражных издержек между участниками или путем принятия решений по своевременно поставленным вопросам в частичном арбитражном решении и отсрочки урегулирования остальных вопросов.

199. Однако преобладало мнение о том, что арбитражный суд должен иметь право при определенных обстоятельствах не разрешать вносить изменения в исковое заявление или в возражения по иску. Был выражен ряд мнений о том, как ограничить предел этого права. Согласно одному мнению, которое получило широкую поддержку, весь текст пункта 2 следует сохранить, поскольку он обеспечивает надлежащие гарантии против задержки арбитражного разбирательства, позволяя при этом проявлять достаточную гибкость в оправданных случаях. Согласно другому мнению, слова "любых иных обстоятельств" слишком неясны и должны быть либо заменены словами "любых иных относящихся к делу обстоятельств", либо опущены. Высказывалось также мнение, что необходимое уточнение может быть обеспечено лишь в том случае, если будут также опущены слова "или ущерба для интересов другой стороны", поскольку не ясно, о каком ущербе идет речь.

200. Комиссия одобрила последнее мнение и постановила опустить слова "или ущерба для интересов другой стороны, или любых иных обстоятельств".

Встречный иск

201. Было предложено добавить либо в статье 23, либо в другом соответствующем месте положение о том, что любое положение типового закона, касающееся иска, применяется mutatis mutandis в отношении встречного иска. Было достигнуто согласие, что Комиссия рассмотрит данный вопрос после завершения рассмотрения всего текста проекта типового закона.

* * *

Статья 24. Слушания и письменное разбирательство

202. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 24:

"1) С учетом любого иного соглашения сторон арбитражный суд принимает решение о том, проводить ли устные слушания дела или вести разбирательство только на основе документов и других материалов.

2) Несмотря на положение пункта 1 настоящей статьи, арбитражный суд может по просьбе любой стороны провести на соответствующем этапе разбирательства заседания для заслушивания показания или для устных прений.

3) Сторонам достаточно заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании и о любом заседании арбитражного суда, проводимом в целях осмотра.

4) Все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон арбитражному суду, должны быть переданы другой стороне. Сторонам должны быть переданы также любые заключения экспертов или другие документы, на которых арбитражный суд может основываться при вынесении своего решения".

Пункты 1 и 2

203. Комиссия отметила, что в статье 24 рассматривается в принципе вопрос о способе ведения арбитражного разбирательства и не затрагиваются процедурные аспекты решения этого вопроса. Например, в данной статье не рассматривается вопрос о том, в какой момент арбитражный суд должен определить способ ведения арбитражного разбирательства. Это означает, что арбитражный суд может по своему усмотрению решить этот вопрос в самом начале арбитражного разбирательства или отложить определение способа ведения арбитражного разбирательства и сделать это позднее, исходя из того, как развивается процесс. Как правило, до вынесения такого решения арбитражный суд просит стороны изложить свои мнения по этому вопросу или, возможно, дать свое согласие на предлагаемую процедуру. Кроме того, в данной статье не рассматриваются (а потому и не ограничиваются) полномочия арбитражного суда выносить решение по вопросу о том, какова должна быть продолжительность устного слушания дела, на каком этапе разбирательства оно могло бы состояться, или же о том, будет ли арбитражное разбирательство проводиться частично на основе устного слушания дела и частично на основе документов. Отмечалось, что такие решения процедурного характера регламентируются статьей 19, в том числе пунктом 3 этой статьи.

204. Комиссия согласилась с тем, что соглашение сторон, в силу которого должно проводиться устное слушание дела, является обязательным для арбитражного суда.

205. По вопросу о том, будет ли также иметь обязательную силу соглашение сторон, в силу которого устное слушание дела проводиться не будет, высказывались различные мнения. В соответствии с одним из них право на устное слушание дела имеет настолько существенное значение, что стороны не являются связанными своим соглашением, и одна из сторон всегда может требовать устного слушания дела. Другая точка зрения состояла в том, что соглашение сторон, в соответствии с которым устное слушание дела проводиться не будет, является обязательным для сторон, но не для арбитражного суда, в том смысле, что арбитражный суд по просьбе одной из сторон может назначить устное слушание дела. Однако большинство членов Комиссии высказались за то, чтобы соглашение о том, что устное слушание дела проводиться не будет, являлось обязательным и для сторон, и для арбитражного суда. Тем не менее отмечалось, что статья 19(3), требующая, чтобы каждой стороне была предоставлена полная возможность изложить свое дело, может в исключительных обстоятельствах послужить основанием для обязательного проведения устного слушания дела. Понималось, что стороны, которые ранее пришли к соглашению относительно того, что слушание не следует проводить, могут впоследствии изменить свое соглашение, что позволит какой-либо стороне просить о проведении устного слушания.

206. Комиссия согласилась с тем, что в тех случаях, когда не имеется соглашения о способе ведения разбирательства, сторона имеет право на устное слушание дела, если она того требует. В этой связи отмечалось, что эта точка зрения отражена во французском тексте пункта 2, а согласно текстам этого пункта на других языках, решение о проведении устного слушания дела остается за арбитражным судом, даже если одна из сторон выдвинула соответствующее требование.

207. Комиссия согласилась также с тем, что в тех случаях, когда нет соглашения о способе ведения разбирательства и ни одна из сторон не потребовала устного слушания дела, арбитражный суд может по своему усмотрению решать вопрос о том, проводить ли ему устное слушание дела или же вести разбирательство на основе документов и других материалов.

208. Комиссия поручила осуществление своих решений Редакционной группе.

209. При рассмотрении второго предложения статьи 24(I) (представленного Редакционной группой в следующей формулировке: "Однако, кроме того случая, когда стороны договорились не проводить устного слушания, арбитражный суд, если сторона попросит об этом на надлежащей стадии разбирательства, должен провести такое слушание") был задан вопрос, относятся ли слова "на надлежащей стадии" к просьбе стороны или разбирательству. После обсуждения Комиссия решила изменить формулировку этого предложения на следующую: "Арбитражный суд проводит такое слушание на надлежащей стадии разбирательства по просьбе стороны".

Пункт 3

210. Комиссия согласилась с тем, что слова "в целях осмотра" означают осмотр товаров, другого имущества или документов, о чем говорится в статье 20(2), и что это следует уточнить в тексте. С учетом этого изменения пункт 3 был принят.

Пункт 4

211. Комиссия согласилась с первым предложением пункта 4, согласно которому все документы, представляемые одной из сторон арбитражному суду, независимо от их характера, должны быть переданы другой стороне. Однако Комиссия согласилась с тем, что во втором предложении пункта 4 следует уточнить, что такие документы, как исследовательские материалы, подготовленные или собранные арбитражным судом, не обязательно должны передаваться сторонам. Редакционной группе было предложено обсудить, можно ли добиться желаемого результата путем изъятия из текста слов "или другие документы".

* * *

Статья 25. Непредставление документов или неявка стороны

212. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 25:

> "Если стороны не договорились об ином, в тех случаях, когда без указания уважительной причины
>
> a) истец не представляет свое исковое заявление в соответствии с пунктом I статьи 23, арбитражное разбирательство прекращается;
>
> b) ответчик не представляет своих возражений по иску в соответствии с пунктом I статьи 23, арбитражный суд продолжает разбирательство, не рассматривая такое непредставление как признание притязаний истца;
>
> c) любая сторона не является на слушание или не представляет документальные доказательства, арбитражный суд может продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств".

213. Комиссия решила, что в тексте статьи 25 следует уточнить, что во избежание последствий, вытекающих из статьи 25, не явившаяся или не представившая документы сторона должна представить арбитражному суду уважительную причину, по которой она не смогла поступить должным образом. Было высказано мнение, что в тексте и без того достаточно ясно, что уважительная причина задержки должна иметься до наступления срока совершения действий. Однако в отношении времени, когда арбитражному суду следует представить уважительную причину, отмечалось, что,

хотя из статьи вытекает, что вопрос о том, имеется ли уважительная причина для неявки или непредставления документов, должен быть урегулирован до принятия арбитражным судом решения о последствиях неявки или непредставления документов, определить точное время в тексте будет трудно, и это не обязательно будет влиять на возможность арбитражного суда рассмотреть причину задержки и продлить срок представления стороной заявления или доказательств.

214. Было высказано мнение о том, что подпункт (b) не следует толковать таким образом, что арбитражный суд не пользуется правом усмотрения относительно того, как оценивать причину непредставления в установленном порядке возражений по иску, и что в результате он не может делать выводов из факта такого непредставления, Комиссия постановила, что это толкование следует давать в подпункте (b) с помощью такого выражения, как "не обязательно рассматривая такое непредставление ...".

215. Было сделано предложение об ограничении права усмотрения арбитражного суда в подпункте (c) путем возложения на него обязанности продолжать арбитражное производство, если об этом просит исправная сторона. Комиссия не приняла это предложение на том основании, что обязанность продолжать арбитражное производство могла бы рассматриваться как ограничение усмотрения арбитражного суда в оценке того, имелась ли у стороны уважительная причина для неявки на слушание и для непредставления документальных доказательств.

216. Комиссия приняла статью 25 с учетом поправок во вступительном предложении статьи и в подпункте (b), которые были переданы Редакционной группе.

* * *

Статья 26. Эксперт, назначенный арбитражным судом

217. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 26:

"1) Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд

a) может назначить одного или нескольких экспертов для представления ему доклада по конкретным вопросам, которые определяются арбитражным судом;

b) может потребовать от стороны предоставления эксперту любой относящейся к делу информации или предъявления для осмотра или предоставления возможности осмотра любых относящихся к делу документов, товаров или другого имущества.

2) Если стороны не договорились об ином, по просьбе любой стороны, или если арбитражный суд сочтет необходимым, эксперт должен после представления своего письменного или устного заключения принять участие в слушании, на котором сторонам предоставляется возможность задавать ему вопросы и представлять свидетелей-экспертов для дачи показаний по спорным вопросам".

218. Было предложено изменить формулировку первой фразы пункта 1 на следующую: "Если стороны не договорились об ином до назначения арбитра, ...". Согласно одному мнению, это предложение является целесообразным, поскольку для лица, которое просят выступить в роли арбитра, может быть весьма важно знать, будет ли арбитражный суд иметь право прибегнуть к услугам экспертов. Правила, в соответствии с которыми арбитры должны будут действовать, должны быть ясны для них с самого начала.

219. Вместе с тем, по мнению большинства, стороны всегда должны иметь право решить, что арбитражный суд не может по своему усмотрению назначать экспертов. Даже хотя можно ожидать, что стороны доверяют назначенным ими для урегулирования их спора арбитрам, они могут не доверять эксперту или экспертам, которых предлагает назначить арбитражный суд. Кроме того, назначение экспертов может привести к тому, что расходы на арбитраж превысят сумму, которую стороны готовы заплатить. Если совместный отказ сторон от назначения арбитражным судом эксперта имеет столь важное значение для арбитров, они могут сложить с себя свои полномочия. Если будет существовать вероятность такого отказа арбитров от выполнения своих функций, то можно предположить, что стороны тщательно взвесят свое решение и учтут риск того, что уже понесенные расходы на арбитраж будут напрасными. Поскольку статья 26 представляет собой компромисс между системой правосудия в общем праве, где назначение экспертов судом или трибуналом не является обычным, и системой, присущей гражданскому праву, при которой такие назначения являются обычными, не следует нарушать этот компромисс.

220. Предложение об исключении слов "Если стороны не договорились об ином", было отклонено.

221. Комиссия приняла статью 26.

* * *

Статья 27. Содействие суда в получении доказательств

222. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 27:

"1) При арбитражном разбирательстве, проходящем в данном государстве или в соответствии с настоящим Законом арбитражный суд или сторона с согласия арбитражного суда может обратиться к компетентному суду этого государства с просьбой о содействии в получении доказательств. В просьбе указываются:

a) имена и адреса сторон и арбитров;

b) общий характер спора и содержание исковых требований;

c) доказательства, которые должны быть получены, в частности

i) имя и адрес любого лица, которое необходимо заслушать в качестве свидетеля или свидетеля-эксперта, с уточнением предмета его показаний;

ii) описание любого документа, который должен быть представлен, или имущества, подлежащего осмотру.

2) Суд может в пределах своей компетенции и в соответствии со своими правилами получения доказательств выполнить просьбу либо путем самостоятельного сбора доказательств, либо распорядившись о представлении доказательств непосредственно в арбитражный суд".

Пункт 1

223. Комиссия согласилась с тем, что в соответствии с ранее принятым общим решением следует территориально ограничить сферу применения этой статьи. С учетом редакционных изменений, требуемых в связи с решением, которое еще предстоит принять в отношении конкретного текста по вопросу о территориальной сфере применения типового закона в целом, Комиссия решила исключить слова "или в соответствии с настоящим законом".

224. Впоследствии в свете решения принять текст статьи 1 (1-бис) (см. пункт 81, выше) Комиссия постановила также исключить слова "в этом государстве" как ненужные, поскольку, за исключением этой статьи, весь типовой закон применяется только к арбитражным разбирательствам, проводимым в "этом государстве".

225. Комиссия также согласилась с тем, что вопрос о международной помощи в получении доказательства при арбитражном разбирательстве не должен определяться типовым законом. Она отметила, что Гаагская конференция по международному частному праву проводит изучение вопроса о возможности подготовки протокола к Гаагской конвенции 1970 года о получении доказательств за границей по гражданским или торговым делам с тем, чтобы распространить сферу ее применения на арбитражное разбирательство, и что Гаагская конференция была бы заинтересована в получении от экспертов в области арбитража мнений относительно желательности такого протокола.

226. Комиссия отклонила предложение ограничить пункт 1 указанием на то, что можно просить компетентный суд оказать помощь в получении доказательств без упоминания о том, может ли обратиться с такой просьбой к суду арбитражный суд или же стороны. Было отмечено, что данное положение в существующей формулировке представляет собой компромисс между теми правовыми системами, в которых лишь арбитражный суд может просить помощи суду, и теми правовыми системами, в которых любая сторона может просить помощи суда. В существующем тексте запрашивать такую помощь может либо арбитражный суд, либо одна из сторон, однако в последнем случае это может быть сделано лишь с согласия арбитражного суда.

227. Отмечалось, что в пункте I указывается лишь суд, которому должна быть адресована просьба, а процедура направления такой просьбы в суд будет определяться местными правилами. Согласно другому замечанию, государства, принимающие типовой закон, возможно, пожелают наделить функциями предоставления судебной помощи в получении доказательств суд или другой орган, упомянутый в статье 6, и это следовало бы отразить с помощью соответствующей формулировки.

228. Комиссия постановила исключить второе предложение пункта I, в том числе подпункты (a), (b) и (c), на том основании, что они содержат излишние подробности, которые нет необходимости отражать в типовом законе.

229. Комиссия не приняла предложение добавить новое положение о том, что в тех случаях, когда одна из сторон располагает доказательствами и отказывается выполнить распоряжение об их предъявлении, арбитражный суд следует наделить четкими полномочиями трактовать этот отказ против данной стороны. Было высказано мнение (которое не оспаривалось в Комиссии), согласно которому в таком положении нет необходимости, поскольку арбитражному суду уже предоставлено такое право, в частности, в силу статьи 25 (c).

Пункт 2

230. Комиссия постановила поставить точку после слов "выполнить просьбу" и исключить остальную часть предложения. Высказывалось мнение о том, что нет необходимости упоминать, каким образом суду следует выполнять просьбу. Кроме того, в некоторых странах было бы трудно представить, что суд отдает распоряжение о представлении доказательств непосредственно в арбитражный суд.

* * *

ГЛАВА VI. ВЫНЕСЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Статья 28. Нормы, применимые к существу спора

231. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 28:

"1) Арбитражный суд выносит решение по спору в соответствии с такими нормами права, которые выбраны сторонами как подлежащие применению к существу спора. Если нет иного указания, любое обозначение права или системы права какого-либо государства считается относящимся непосредственно к материальному праву такого государства, а не к его коллизионным нормам.

2) Если стороны не указали на применимое право, арбитражный суд применяет материальное право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

3) Арбитражный суд принимает решение ex aequo et bono или в качестве дружеского посредника лишь в том случае, когда стороны прямо уполномочили его на это".

Пункты 1 и 2

232. При обсуждении Комиссией пункта 1 мнения разделились по вопросу о том, должен ли типовой закон признавать права сторон подчинять свои правовые отношения "нормам права". Согласно одному из мнений типовой закон должен признавать это право сторон, поскольку в международном торговом арбитраже не принято ограничивать свободу сторон в выборе права конкретного государства. Признавая новый и неточный характер термина "нормы права", который до сих пор применялся лишь в одной международной конвенции и в двух национальных законах, в качестве поддержки этого термина отмечалось при этом, что он позволит сторонам, участвующим в международных торговых сделках, проявлять необходимую гибкость в целях подчинения своих взаимоотношений тем нормам права, которые по их мнению более всего соответствуют их конкретному случаю. Это позволит, например, выбирать положения различных законов в целях урегулирования различных аспектов их взаимоотношений или выбирать право конкретного государства, за исключением определенных положений, или же выбирать нормы, предусмотренные в какой-либо конвенции или аналогичном правовом документе, разработанном на международном уровне, даже если он еще не вступил в силу или еще не действует в каком-либо государстве, с которым стороны или их сделка связаны. Отмечалось, что

заинтересованность государства, в котором проводится арбитраж, признать такую свободу, немногим отличается от разрешения избирать право государства, которое никоим образом не связано со сторонами или с их взаимоотношениями. Кроме того, поскольку стороны могут на основании статьи 28(3) уполномочивать арбитражный суд принимать решение ex aequo et bono (в качестве дружеского посредника), то нет оснований отказывать сторонам в праве договариваться о нормах права, которые являются более надежными по сравнению с нормами, которые будут применяться в случае арбитража ex aequo et bono.

233. Согласно другому мнению, необходимо ограничить действие статьи 28(I) предусмотрев, что спор решается в соответствии с правом, которое выбрали стороны. Такой подход будет соответствовать решению, принятому во многих международных документах по арбитражу (например, Женевская конвенция I96I года, Правила международного торгового арбитража и принципы примирения, I966 год - Экономическая комиссия ООН для Азии и Дальнего Востока, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ I976 года, Правила МТП I975 года). Такой традиционный подход позволяет обеспечить бóльшую степень уверенности по сравнению с новым и неясным понятием "нормы права", которое может вызвать значительные трудности на практике. Нецелесообразно вводить в типовой закон, который предназначен для универсального применения, неизвестное многим государствам новое понятие, которое они едва ли примут. Кроме того, отмечалось, что право выбирать положения различных законов по различным аспектам взаимоотношений (так называемое дробление) признается большинством правовых систем даже при более традиционном подходе; в случае необходимости разъяснения этого момента, в докладе следует отразить мнение Комиссии о том, что это право является частью свободы сторон определять право, применимое к существу спора.

234. С учетом этого обсуждения, Комиссия решила изменить первое предложение пункта I следующим образом: "Арбитражный суд выносит решение по спору в соответствии с правом, которое стороны выбрали как подлежащее применению к существу спора". Было решено, что такая формулировка позволит сторонам определять части правовых систем из различных государств для урегулирования различных аспектов своих взаимоотношений. Было также решено указать в докладе, что государства имеют право, когда они принимают типовой закон, более широко толковать термин "право". При этом понималось, что стороны могут согласиться в своих контрактах применять нормы, закрепленные в еще не вошедших в силу конвенциях.

235. В отношении второго предложения пункта I норма толкования обозначения сторонами права конкретного государства была признана правильной, поскольку в этой формулировке ясно говорится, что, если нет иного указания в таком соглашении, спор решается в соответствии с материальным правом этого государства, а не в соответствии с материальным правом, определяемым на основе коллизионных норм этого государства.

236. В ходе последующего обсуждения пункта 2 мнения разделились по вопросу о том, следует ли требовать от арбитражного суда применения коллизионных норм, считаемых им применимыми для определения материального права, которое будет применено к существу спора, или арбитражный суд может непосредственно определить применимое право, которое, как он считает, подходит для данного случая. Согласно одному мнению, в типовом законе должно содержаться руководящее указание для арбитражного суда, в котором указывалось бы, что применимое право определяется на основании решения о применимых коллизионных нормах. Отмечалось, что, хотя суд в соответствии с положениями типового закона и большинства национальных законов не может пересматривать решения арбитражного суда по вопросам коллизионного права, а, следовательно, и по вопросам применимого материального права, требуемый эффект правила, которое содержится в пункте 2, состоит в том, что арбитражный суд должен будет объяснить причины, по которым было принято решение о выборе коллизионных норм. Кроме того, такой подход дает сторонам более широкие возможности прогнозирования и вселяет в них большую уверенность по сравнению с подходом, в соответствии с которым арбитражному суду разрешается непосредственно определять право, применимое к существу спора.

237. Согласно другому мнению, нецелесообразно ограничивать полномочие арбитражного суда принимать решение о праве, применимом к существу спора, требуя, чтобы он в первую очередь принял решение относительно действующих коллизионных норм. На практике арбитражный суд совершенно не обязательно принимает в первую очередь решение относительно коллизионных норм и часто принимает решение относительно материального права с помощью более прямых средств. Высказывалось мнение о том, что было бы неправильно игнорировать в рамках типового закона о международном торговом арбитраже практику, которая развившись на основе широкой автономии сторон, признана во многих правовых системах. Кроме того, сомнительно, что требование о применении в первую очередь коллизионных норм, позволит фактически обеспечить более высокую степень уверенности по сравнению с прямым определением

регулирующего права, поскольку, с одной стороны, коллизионные нормы различных правовых систем нередко отличаются друг от друга и поскольку, с другой стороны, причины, по которым арбитражный суд выбирает соответствующее применимое право, нередко аналогичны связующим факторам, которые используются в коллизионных нормах. Отмечалось также, что не следует ограничивать свободу арбитражного суда, о которой говорится в пункте 2, по сравнению со свободой, предоставляемой сторонам в пункте I.

238. Принимая во внимание расхождение мнений по пунктам I и 2, предлагалось рассмотреть возможность исключения статьи 28, поскольку не обязательно в законе об арбитражной процедуре рассматривать право, касающееся существа спора. Кроме того, поскольку в типовом законе не предусмотрен пересмотр судом решения на основе неправильного применения статьи 28, то эта статья не выступает в качестве руководящего указания для арбитражного суда. Однако большинство членов Комиссии выступили за то, чтобы оставить статью 28. Отмечалось, что типовой закон будет неполным без положения о нормах, применимых к существу спора, особенно если учесть, что в типовом законе рассматриваются вопросы международного торгового арбитража, и отсутствие норм по этому вопросу могло бы вызвать неуверенность.

239. После обсуждения Комиссия решила отменить свое предыдущее решение в отношении пункта I и принять первоначальные тексты пунктов I и 2.

Пункт 3

240. Комиссия приняла текст пункта 3.

Новый пункт, который должен быть добавлен к статье 28

241. Комиссия решила включить в статью 29 следующее положение, которое сформулировано по образцу статьи 33(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ: "Во всех случаях арбитражный суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке".

Право уполномочивать третье лицо определять применимое право

242. Комиссия напомнила о предложении, которое было внесено в отношении статьи 2(c), о том, что свобода сторон поручать принятие какого-либо решения третьему лицу не распространяется на принятие решения по правовым нормам, применимым к существу спора (см. пункт 40, выше). Было решено четко указать, что статья 2(c) не применима к статье 28.

* * *

Статья 29. Вынесение решения коллегией арбитров

243. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 29:

> "При арбитражном разбирательстве более чем одним арбитром любое решение арбитражного суда, если стороны не договорились об ином, выносится большинством всех членов арбитражного суда. Однако стороны или арбитражный суд могут уполномочить председательствующего арбитра принимать решения по процедурным вопросам".

244. Предлагалось закрепить в статье 29 за председательствующим арбитром право, в случае отсутствия большинства, принимать решение в качестве единственного арбитра. Комиссия не приняла этого предложения, поскольку при определенных обстоятельсвах оно может помешать другим членам арбитражного суда оказывать соответствующее воздействие на принятие решения. Отмечалось, что стороны, которые предпочитают такое решение, имеют право соглашаться с таким подходом, поскольку это положение не имеет обязательного характера.

245. Комиссия решила отразить во втором предложении статьи 29, что решение арбитражного суда уполномочить председательствующего арбитра принимать решение по процедурным вопросам должно быть единодушным. Комиссия приняла статью 29, при условии внесения этого изменения, которое было передано в Редакционную группу.

246. Отмечалось, что при отсутствии иного соглашения сторон, подразумевается, что решение может быть принято арбитром, даже если он физически не присутствует в данном месте.

* * *

Статья 30. Мировое соглашение

247. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 30:

"1) Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, арбитражный суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон, если у него нет возражений, фиксирует урегулирование в форме арбитражного решения на согласованных условиях.

2) Арбитражное решение на согласованных условиях должно быть вынесено в соответствии с положениями статьи 31 и содержать указание на то, что оно является арбитражным решением. Такое арбитражное решение имеет то же действие и подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора".

248. Высказывалось предложение исключить из пункта 1 слова "если у него нет возражений". В поддержку этого указывалось, что если стороны хотят зафиксировать свое урегулирование в форме арбитражного решения, после чего оно будет подлежать исполнению как арбитражное решение в соответствии с Нью-йоркской конвенцией 1958 года или другими применимыми процедурами, то арбитражный суд не должен иметь право возражать против этого.

249. В ответ было указано, что следует проводить различие между правом сторон на прекращение арбитражного разбирательства в результате их мирового соглашения и их правом зафиксировать урегулирование в форме арбитражного решения. Указывалось, что не следует принуждать арбитров подписывать какое-либо соглашение, достигнутое сторонами, поскольку условия такого соглашения могут, в каких-то исключительных случаях, противоречить обязательным законам или публичному порядку, включая основные понятия справедливости и правосудия. Кроме того, даже если исключить эти слова, арбитры, убежденные в том, что им не следует фиксировать урегулирование в форме арбитражного решения, могут сложить с себя свои полномочия. После обсуждения это предложение было отклонено.

250. Другое предложение заключалось в том, что следует предусмотреть возможность направления только одной из сторон просьбы о фиксировании урегулирования в форме арбитражного решения. После обсуждения Комиссия согласилась с тем, что для фиксирования урегулирования в форме арбитражного решения необходима обоюдная воля обеих сторон, но что формальная просьба может быть направлена только одной из них.

* * *

Статья 31. Форма и содержание арбитражного решения

251. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 31:

"1) Арбитражное решение должно быть вынесено в письменной форме и подписано арбитром или арбитрами. При арбитражном разбирательстве более чем одним арбитром достаточно наличия подписей большинства всех членов арбитражного суда при условии указания причины отсутствия других подписей.

2) В арбитражном решении должны быть указаны мотивы его вынесения, за исключением тех случаев, когда стороны договорились о том, что мотивы не должны указываться, или когда арбитражное решение является решением на согласованных условиях в соответствии со статьей 30.

3) В арбитражном решении должна быть указана дата его вынесения и место арбитража, как оно определено в соответствии с пунктом 1 статьи 20. Арбитражное решение считается вынесенным в этом месте.

4) После вынесения арбитражного решения каждой стороне должна быть передана его копия, подписанная арбитрами в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи".

Пункты I и 2

252. Пункты I и 2 были приняты.

Пункт 3

253. Высказывались различные мнения относительно предложения изменить формулировку второго предложения пункта 3 на следующую: "Арбитражное решение считается вынесенным в этом месте и в этот день". Согласно одному мнению, эта поправка является желательной, поскольку она обеспечила бы согласованность второго предложения с первым. Кроме того, дата арбитражного решения в некоторых определенных обстоятельствах может иметь большое значение. Поскольку арбитражное решение может направляться арбитрам для подписания по почте, могут возникнуть трудности в определении даты арбитражного решения. Единственной определенной датой может быть лишь дата, указанная на арбитражном решении, даже если эта дата является лишь предполагаемой.

254. Согласно другому мнению, существует коренное различие между тем, что место решения рассматривается как место, указанное в решении, и тем, что дата решения рассматривается как дата, указанная в решении. В первом случае имеет место неоспоримая презумпция для обеспечения территориальной связи между решением и местом арбитража. Второе положение должно быть оспоримым, поскольку арбитры, а также стороны могут иметь причины для указания более ранней или более поздней даты решения, чем дата, когда оно было фактически вынесено.

255. После обсуждения Комиссия не приняла это предложение.

Дата, начиная с которой решение становится обязательным

256. Было отмечено, что в соответствии со статьей 36(I) (a) (v) типового закона и статьей V(I) (e) Нью-йоркской конвенции 1958 года в признании или приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если решение еще не стало обязательным для сторон, и что статья 35(I), рассматривая вопрос об обязательном характере арбитражного решения, не уточняет момент, когда решение становится обязательным. В свете этого замечания было предложено, чтобы типовой закон определил этот момент. Комиссия рассмотрела следующие три варианта возможного правила: арбитражное решение становится обязательным для сторон a) с момента вынесения решения, b) даты вручения решения сторонами или c) даты истечения срока для отмены решения.

257. Была одобрена идея о том, что было бы полезно иметь такое положение, хотя было высказано определенное сомнение в отношении его необходимости. В этой связи указывалось, что, согласно статье 34(3), процедура отмены решения уже устанавливает, что трехмесячный срок, после которого не может быть сделано заявление об отмене решения, начинается с даты, когда сторона, делающая заявление, получила решение. Высказывались различные мнения в отношении даты, с которой решение должно становиться обязательным. Предшествующие прения показали трудности, возникающие, если опираться либо на дату, указанную в решении, *либо на дату решения. Что касается даты уведомления одной или обеих сторон о решении*, были описаны практические трудности установления этой даты в различных фактических ситуациях, возникающих при арбитраже. Более того, трудно представить себе решение, которое стало бы обязательным для сторон в различные даты лишь из-за того, что они были уведомлены о нем в разное время.

258. После обсуждения Комиссия не приняла это предложение.

Res judicata

259. Было внесено предложение включить в статью 31 положение, уточняющее, что решение составленное в форме, предусмотренной в статье 31, имеет силу res judicata. Не оспаривая общего принципа о том, что решения обязательны для сторон, Комиссия не приняла это предложение, поскольку было сочтено, что термин res judicata может порождать различные последствия в разных правовых системах, носит весьма сложный характер и может войти в противоречие с другими правилами процедуры.

* * *

Статья 32. Прекращение разбирательства

260. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 32:

"1) Арбитражное разбирательство прекращается вынесением окончательного арбитражного решения, либо соглашением сторон, либо постановлением арбитражного суда, вынесенным в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи.

2) Арбитражный суд:

a) выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства в случае отказа истца от своего требования, если только ответчик не возражает против этого и арбитражный суд не признает законный интерес ответчика в окончательном урегулировании спора;

b) может вынести постановление о прекращении в случае, когда продолжение разбирательства по любой другой причине становится ненужным или неуместным.

3) Действие мандата арбитражного суда прекращается одновременно с прекращением арбитражного разбирательства с учетом положений статьи 33 и пункта 4 статьи 34".

261. Комиссия решила перенести ссылку на соглашение сторон из пункта 1 в пункт 2, с тем чтобы пояснить, что такое соглашение является основой для постановления арбитражного суда о прекращении арбитражного разбирательства.

262. Было выражено беспокойство в связи с тем, что положения пункта 2 (a) могут оказаться несправедливыми в отношении истца, поскольку он может быть вынужден продолжать участвовать в арбитражном разбирательстве, несмотря на наличие у него обоснованных причин для отказа от своего иска. В ответ было заявлено, что это положение уравновешено, поскольку оно позволяет арбитражному суду устранить такое беспокойство в конкретном случае, а также в уместных обстоятельствах учесть и возможную обеспокоенность ответчика в отношении того, что истец может отказаться от своего иска на каком-то позднем этапе разбирательства, а затем вынудить ответчика участвовать в другом разбирательстве.

263. Комиссия согласилась, что в пункте 2 (b) должно быть более ясно изложено придаваемое ему значение, а именно,что арбитражный суд должен вынести решение в отношении того, является ли продолжение арбитражного разбирательства ненужным или неуместным, и что, когда арбитражный суд находит продолжение разбирательства ненужным или неуместным, он должен вынести постановление о прекращении разбирательства. Комиссия также согласилась с тем, что слово "неуместным" в пункте 2 (b) может рассматриваться как предоставляющее слишком большие дискреционные полномочия арбитражному суду и что его следует заменить словом, имеющим более точное значение, таким, как "невозможным".

264. Комиссия приняла статью 32 с учетом вышеизложенных изменений, которые были переданы на рассмотрение Редакционной группы.

* * *

Статья 33. Исправление и толкование решений и дополнительные решения

265. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 33:

"1) В течение тридцати дней после получения решения, если сторонами не согласован иной срок, сторона после уведомления другой стороны может просить арбитражный суд:

a) исправить любую допущенную в решении ошибку в подсчетах, любую описку или опечатку либо иные ошибки аналогичного характера; арбитражный суд может исправить такого рода ошибки по своей инициативе; и

b) дать толкование какого-либо конкретного пункта или части арбитражного решения.

Арбитражный суд в течение тридцати дней после получения просьбы должен внести соответствующие исправления или дать толкование. Такое толкование становится составной частью арбитражного решения.

2) Арбитражный суд в течение тридцати дней после вынесения решения может по своей инициативе исправить любые ошибки, указанные в пункте I(a).

3) Если стороны не договорились об ином, сторона после уведомления другой стороны может в течение тридцати дней после получения арбитражного решения просить арбитражный суд вынести дополнительное решение в отношении требований, которые были заявлены в ходе арбитражного разбирательства, однако не были отражены в решении. Если арбитражный суд считает такую просьбу обоснованной, он должен в течение шестидесяти дней вынести дополнительное решение.

4) Арбитражный суд в случае необходимости может продлить срок, в течение которого он должен исправить ошибки, дать толкование или вынести дополнительное решение в соответствии с пунктом I или 3 настоящей статьи.

5) Положение статьи 3I должно применяться в отношении исправления или толкования арбитражного решения или в отношении дополнительного решения".

266. Различные точки зрения были высказаны в отношении предложения об исключении подпункта I (b). Согласно одной точке зрения, положение, предоставляющее каждой стороне право на просьбу о толковании конкретного пункта или части арбитражного решения, может дать сторонам возможность под видом толкования открывать новое разбирательство или будет использоваться потерпевшей стороной в качестве средства для изнурения арбитражного суда. В течение периода, начиная с момента, когда может поступить просьба о толковании, и до представления толкования решения арбитражным судом, это решение не имеет окончательного характера, и возникают некоторые вопросы в отношении взаимосвязи с процедурой отмены, возбуждаемой проигравшей стороной, или процедурой приведения в исполнение, возбужденной выигравшей стороной.

267. Согласно другой точке зрения, не предоставлять арбитражному суду какой-то процедуры толкования арбитражных решений, было бы слишком строгим требованием. Арбитражное решение может быть составлено не на родном языке для его составителя, что увеличивает вероятность его двоякого толкования. Если арбитражное решение будет слишком неопределенным, то его, возможно, трудно будет привести в исполнение.

268. Некоторые предложения были выдвинуты в отношении изменения этого положения. Ввиду того, что слово "толкование" может подразумевать право на новое рассмотрение спора, было предложено слово "толкование" заменить словом "разъяснение". Было также предложено разрешать толкование только мотивов арбитражного решения, но не его постановляющей части. Согласно еще одному предложению, толкование решения арбитражным судом должно допускаться только в случае поступления просьбы о таком толковании от обеих сторон.

269. После обсуждения Комиссия постановила, что просьба дать толкование может быть направлена только с согласия обеих сторон.

270. Комиссия приняла предложение о том, чтобы слова "если арбитражный суд считает такую просьбу обоснованной", содержащиеся в пункте 3, добавить также в пункт I.

27I. Комиссия решила, что нет необходимости указывать какие-либо процедурные детали для процедуры толкования, помимо той, согласно которой другая сторона должна быть уведомлена о просьбе. Было отмечено, что статья I9(3), особенно если она станет отдельной статьей, станет основой для гарантии сторонам правильного и справедливого выполнения процедур.

* * *

ГЛАВА VII. ОБЖАЛОВАНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ

Статья 34. Заявление об отмене как исключительное средство обжалования арбитражного решения

272. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 34:

"1) Обжалование в суде вынесенного /на территории данного государства/ /в соответствии с настоящим Законом/ арбитражного решения может быть произведено только путем подачи заявления об отмене в соответствии с пунктами 2 и 3 настоящей статьи.

2) Арбитражное решение может быть отменено судом, указанным в статье 6, лишь в случае, если:

a) сторона, делающая заявление, представит доказательства того, что:

i) стороны в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, были по закону, применимому к ним, в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а в отсутствие такого указания - по закону этого государства; или

ii) она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра (арбитров) или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

iii) решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением; или

iv) состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступать, или в отсутствие такого соглашения не соответствовали настоящему Закону; или

b) суд найдет, что:

i) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этого государства; или

ii) арбитражное решение или любое содержащееся в нем постановление противоречит публичному порядку этого государства.

3) Заявление об отмене не может быть сделано по истечении трех месяцев с даты, когда сторона, делающая это заявление, получила арбитражное решение, или если просьба была подана в соответствии со статьей 33, с даты вынесения арбитражным судом решения по этой просьбе.

4) Суд после получения просьбы об отмене арбитражного решения может в соответствующем случае по просьбе стороны приостановить рассмотрение вопроса об отмене на установленный им срок, с тем чтобы арбитражный суд имел возможность возобновить арбитражное разбирательство, или совершить другие действия, которые, по мнению арбитражного суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения".

273. Комиссия согласилась с тем, что типовой закон должен регулировать вопрос об отмене арбитражных решений и постановила сохранить эти положения в соответствии с положениями статьи 34.

Пункт I

274. Комиссия приняла основополагающий принцип пункта I, в соответствии с которым предусматривается только один исключительный вид обжалования арбитражного решения. Понималось, что заявление об отмене арбитражного решения является исключительным в том смысле, что оно является единственным средством активного оспаривания решения. Стороне, однако, не чинится препятствий, и она может защищать себя, добиваясь отказа в признании или приведении в исполнение решения в ходе производства, начатого в этих целях другой стороной.

275. Была отмечена неясность фразы "обжалование в суде" и указана возможность сделать ее более точной, дополнив следующими словами: "который компетентен в арбитражных вопросах".

276. В отношении фразы в квадратных скобках "/на территории данного государства/ /в соответствии с настоящим Законом/" отмечалось, что она касается вопроса о территориальной сфере применения, который рассматривался Комиссией ранее (см. пункты 72-81, выше). В соответствии с явно преобладающим мнением Комиссия согласилась, что суд конкретного государства, которое приняло типовой закон, обладает компетенцией отменить решения, принятые на его территории. Было достигнуто согласие на более поздней стадии, при рассмотрении окончательной формулировки общего положения о территориальной сфере применения типового закона, решить вопрос о том, следует ли отразить в статье 34 территориальное ограничение или же достаточно общего положения. Впоследствии, учитывая принятие статьи I(I-бис), содержащей общее положение о территориальной сфере применения типового закона (см. пункт 81, выше), Комиссия постановила, что изложение территориального ограничения в статье 34 не является необходимым. Отмечалось, что принятие так называемого строго территориального критерия не препятствует выбору сторонами процессуального права государства иного, нежели государства места арбитража, при условии, что избранные положения не противоречат императивным положениям (типового) закона, который действует в месте арбитража.

Пункт 2

Озабоченность относительно ограничительного характера перечня оснований

277. Была выражена озабоченность в связи с тем, что перечень оснований, позволяющих отменить арбитражное решение, который приводится в пункте 2, является слишком ограничительным и не охватывает все случаи процессуальных несправедливостей, когда отмена является оправданной. В качестве иллюстрации этого мнения спрашивалось, охватывают ли основания, перечисленные в статье 34 (2) и, в частности в подпунктах (a), (ii) и (iv), рассматриваемых в сочетании со статьей I9(3), или подпункте (b) (ii), следующие случаи: I. решение было принято на основе явно ложных или признанных таковыми доказательств; 2. решение было получено в результате подкупа арбитра или свидетеля стороны, проигравшей дело; 3. решение было принято в результате ошибки, допущенной арбитром, которая по своему характеру не подпадает под действие статьи 33 (I) (a); 4. были обнаружены новые доказательства, которые невозможно было получить, несмотря на должное старание, в ходе арбитражного разбирательства, и эти доказательства свидетельствуют, что не по вине арбитра было вынесено неправильное решение. Было предложено, если Комиссия не согласится с тем, что такие серьезные случаи процессуальной несправедливости охватываются пунктом 2 и такое понимание не будет четко отражено в докладе о работе сессии и в любом комментарии об окончательном тексте, то это положение следует изменить на соответствующую формулировку, с тем чтобы охватить такие случаи.

278. Предлагалось также сделать перечень оснований неисчерпывающим, с тем чтобы можно было в дальнейшем включать заслуживающие внимания случаи, которые не были предусмотрены Комиссией.

279. Комиссия решила отложить рассмотрение высказанной озабоченности и предложений до изучения оснований, перечисленных в пункте 2. В ходе обсуждения этого последнего положения (см. пункта 298-302, ниже), а также прений Рабочей группы обнаружилось, что имелись различные мнения относительно того, должна ли эта озабоченность быть отражена в существующем тексте и в какой степени или же ее следует отразить с помощью дополнительной формулировки. Например, согласно одному мнению, в вышеупомянутых случаях, приведенных в качестве иллюстрации, лишь некоторые (но не все) представленные основания оправдывают отмену арбитражного решения.

Подпункт (a) (i)

280. В отношении первого основания, которое приводится в этом подпункте, была выражена неудовлетворенность формулировкой, заимствованной из статьи V (I) (a) (i) Нью-йоркской конвенции 1958 года, по двум причинам. Во-первых, ссылка на "стороны" является неправильной, поскольку достаточно, чтобы одна из сторон не обладала способностью заключить арбитражное соглашение. Во-вторых, неуместно применение фразы "по закону, применимому к ним", так как она явно содержит норму коллизионного права, которая фактически является либо неполной, либо вводит в заблуждение, поскольку эту норму можно понять как ссылку на закон, касающийся национальности, домицилия или места проживания сторон. Поэтому предлагалось изменить формулировку первого основания следующим образом: "сторона в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, не способна заключить такое соглашение".

281. В ответ на это предложение указывалось на отсутствие необходимости и даже опасность отхода от формулировки Нью-йоркской конвенции 1958 года и других международных текстов по арбитражу, таких, как Женевская конвенция 1961 года. В изменении нет необходимости, поскольку первоначальная формулировка явно не вызывает значительных трудностей или несоответствий и, несомненно, в целом не приводит к толкованию, отличающемуся от толкования, которое дается в предлагаемом разъяснении. Отклонение является опасным, поскольку оно может вызвать различные толкования, основывающиеся на неодинаковых формулировках, в вопросе, который должен решаться единообразно.

282. После обсуждения Комиссия решила принять это предложение. Отмечалось, что в отношении статьи 34 необходимость согласования с Нью-йоркской конвенцией 1958 года является менее настоятельной, чем в отношении статьи 36.

283. В отношении второго основания, которое приводится в подпункте (a) (i), предлагалось заменить фразу "или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а в отсутствие такого указания - по закону этого государства" на следующую "или если отсутствует имеющее юридическую силу арбитражное соглашение". Отмечалось, что норма коллизионного права, содержащаяся в первой формулировке, которая взята из Нью-йоркской конвенции 1958 года, является неуместной, поскольку она объявляет применимым, при отсутствии иного соглашения сторон, право места арбитража. Однако место арбитража не обязательно связано с предметом спора. Представляется неоправданным допускать, чтобы вопрос, имеющий глобальное значение, решался на основе закона этого государства, поскольку это означало бы отмену решения на основании положений статьи 36 (I) (a) (v) типового закона или статьи V (I) (a) (v) Нью-йоркской конвенции 1958 года; указывалось также, что такой результат противоречил бы нынешней тенденции определять вопрос в соответствии с законом основного договора.

284. В ответ на это указывалось на целесообразность сохранения нынешнего текста не только в силу того, что формулировка взята из Нью-йоркской конвенции 1958 года, но также на том основании, что эта норма по своей сути является вполне обоснованной. Отмечалось, что эта норма признает автономию стороны, а это важно, учитывая факт применения некоторыми правовыми системами lex fori. Кроме того, выгодно использовать в качестве дополнительного критерия место арбитража, поскольку это придает сторонам некоторую уверенность, которой они лишены, если использовать предлагаемую формулировку. Высказывались также сомнения относительно возможности действительно выявить тенденцию, указывающую на то, что решение вопроса о юридической силе арбитражного соглашения принимается на основании основного договора.

285. Комиссия после обсуждения не приняла это предложение. Соответственно была принята первоначальная формулировка подпункта (a) (i), при условии изменения первого основания следующим образом: "сторона в арбитражном соглашении, указанном в статье 7,не способна заключить такое соглашение".

Подпункт (a) (ii)

286. Комиссия постановила заменить в подпункте (a) (ii) слова "назначение арбитра (арбитров)" словами "назначение арбитра". При этом подразумевалось, что в ходе арбитражного разбирательства с участием более чем одного арбитра, неуведомление должным образом о назначении любого из них является основанием для отмены решения.

287. В отношении основания, согласно которому сторона "по другим причинам не могла представить свои объяснения", предлагалось согласовать эту формулировку с формулировкой, содержащейся в статье I9(3). Комиссия согласилась с этим предложением, однако отложила его выполнение до принятия решения по статье I9(3). В этой связи высказывалось предположение, что такое согласование, а также включение второго принципа, содержащегося в статье I9(3), могло бы в значительной степени содействовать тому, чтобы развеять озабоченность относительно ограничительного характера перечня оснований, содержащегося в пункте 2 (см. пункт 277, выше). (См. тем не менее пункт 302, ниже).

Подпункт (a) (iii)

288. В ходе обсуждения этого подпункта предлагалось разъяснить либо в данной статье, либо в статье I6, что сторона, которая не заявила возражений относительно юрисдикции арбитражного суда в соответствии со статьей I6(2), будет лишена возможности основываться на таком возражении в ходе процедуры отмены решения. Отмечалось, что аналогичный вопрос, касающийся преклюзий или отказа, возникает в отношении других оснований, приведенных в статье 34(2)(a), в частности в подпункте (a) (i). Признавалось, что незаявление возражения не во всех обстоятельствах может означать отказ, особенно в том случае, если возражение на основании подпункта (2)(b) состоит в том, что спор не подлежит арбитражному разбирательству или что решение противоречит публичному порядку.

289. Комиссия решила не входить в подробное обсуждение этого вопроса в целях разработки всеобъемлющего положения, которое охватывало бы все возможные варианты и подробности. Было решено не изменять текст и, таким образом, оставить на усмотрение государств, принимающих типовой закон, решение вопроса о толковании и возможном регулировании.

Подпункт (a) (iv)

290. В отношении требований, перечисленных в этом подпункте, было высказано мнение, что первостепенное значение имеет соглашение сторон. Однако, если соглашение противоречит императивным положениям "настоящего Закона" или если стороны не достигли согласия по вопросу процедуры, положения "настоящего Закона", независимо от того, являются ли они обязательными или нет, определяют требования, на основании которых дается оценка состава арбитражного суда и арбитражной процедуры. Комиссия обратилась с просьбой к Редакционной группе высказать соображения относительно того, достаточно ли ясно в нынешней формулировке этого подпункта отражена эта мысль.

Подпункт (b) (i)

291. Различные мнения были высказаны относительно уместности этого положения. Согласно одному мнению, это положение необходимо исключить, поскольку оно толкуется как применимое к вопросу о подсудности арбитражу закона государства, где было вынесено арбитражное решение. Такой подход является неправильным, учитывая, что место арбитража может быть не связано тем или иным образом со сделкой сторон или с предметом их спора. Это решение неприемлемо в свете статьи 34, поскольку постановление об отмене арбитражного решения имеет силу erga omnes.

292. Согласно другой точке зрения, это положение следует сохранить без этой или любой другой коллизионной нормы. В обоснование этого говорилось, что, хотя коллизионная норма, изложенная в этом положении, не является подходящей, неподсудность арбитражу следует сохранить в качестве основания для отмены. Было указано, что если весь подпункт (b)(i) будет снят, то вопрос о подсудности арбитражу будет в одних правовых системах рассматриваться в качестве вопроса, касающегося действительности арбитражного соглашения (согласно подпункту (a) (i)), а в других - в качестве вопроса публичного порядка "этого государства" в соответствии с подпунктом (b)(ii).

293. Согласно еще одной точке зрения, это положение следует сохранить в его нынешнем виде. В обоснование этого указывалось, что исключение всего положения или коллизионной нормы будет противоречить необходимости обеспечивать предсказуемость и определенность в этом важном вопросе. Было отмечено, что стороны фактически могут достичь этой цели путем выбора подходящего места арбитража и тем самым действующего права.

294. После обсуждений Комиссия приняла эту последнюю точку зрения и сохранила положение в его нынешнем виде.

Подпункт (b) (ii)

295. Было предложено опустить это положение, поскольку термин "публичный порядок" слишком неясен и не является достаточным основанием для отмены, хотя он может быть целесообразным в контексте статьи 36.

296. При обсуждении термина "public policy" понималось, что он не эквивалентен политической позиции или внешнеполитическому курсу государства, а включает в себя основные понятия и принципы правосудия. Было отмечено, что в некоторых юрисдикциях общего права этот термин может толковаться как не охватывающий понятия процессуального правопорядка, хотя в правовых системах стран гражданского права под влиянием французской концепции "ordre public" принципы процессуального правопорядка им охватываются. Было отмечено, что это расхождение в толковании возможно является одним из факторов выраженной выше обеспокоенности тем, что перечень оснований в пункте 2 не охватывает все серьезные случаи процессуальной несправедливости (см. пункт 277, выше).

297. После обсуждений Комиссия согласилась с тем, что это положение следует сохранить при условии исключения слов "или любое содержащееся в нем постановление", которые излишни. Было решено, что термин "публичный порядок", который был использован в Нью-йоркской конвенции 1958 года и во многих других договорах, охватывает основные принципы права и правосудия как в отношении материально-правовых, так и процедурных вопросов. В соответствии с этим такие случаи, как коррупция, подкуп или обман и другие аналогичные серьезные нарушения будут являться основанием для отмены. В этой связи было отмечено, что выражение "арбитражное решение противоречит публичному порядку этого государства" не должно толковаться как исключающее случаи или обстоятельства, касающиеся способа вынесения арбитражного решения.

Предложения по расширению сферы действия пункта 2

298. После изучения оснований, изложенных в пункте 2, Комиссия продолжила рассмотрение вышеупомянутых вопросов и предложений в отношении ограничительного характера перечня оснований (пункты 277-278, выше). Было принято решение о том, что перечень оснований должен сохранить свой исключительный характер в интересах определенности.

299. Таким образом, при рассмотрении вопроса о целесообразности добавления какого-либо основания были выражены различные точки зрения в отношении необходимости такого добавления. Согласно одной точке зрения, существует необходимость в добавлении формулировки к подпункту (a)(ii), которая охватывала бы случаи серьезного отступления от основных принципов процедуры. Согласно другой точке зрения, существует необходимость в установлении отдельного режима, предусматривающего значительно более продолжительный срок, чем тот, который указан в статье 34(3), для таких случаев, как обман или ложное доказательство, которые существенно влияют на арбитражное решение.

300. Согласно еще одной точке зрения, нет необходимости в каком-либо добавлении ввиду достигнутого Комиссией взаимопонимания в отношении основания, изложенного в подпункте (b) (ii). В ответ на предложение об установлении значительно более продолжительного срока, в течение которого может быть сделано заявление об отмене арбитражного решения на основании обмана или того, что доказательство было ложным или было обнаружено лишь позднее, было отмечено, что такое продление противоречит потребности в быстром и окончательном урегулировании споров в международных торговых отношениях.

301. После обсуждений Комиссия постановила включить в подпункт (a) (ii) текст статьи 19(3).

302. В связи с последующим решением перенести положения статьи 19(3) в начало главы V типового закона в качестве отдельной статьи 18-бис (см. пункт 176, выше) Комиссия отменила свое решение включить в подпункт (a) (ii) текст статьи 19(3), и восстановила текст подпункта (a) (ii), как он был разработан Рабочей группой. Основанием для восстановления текста подпункта (a) (ii) было то, что согласование между статьями 34 и 36 рассматривалось как более важное, чем согласование между статьями 34 и 18-бис, при этом Комиссия заявила о своем понимании, что, несмотря на возникшее в результате различие между текстом статьи 18-бис и статьей 34(2) (a) (ii), любое нарушение статьи 18-бис будет представлять собой основание для отмены арбитражного решения по статье 34(2) (a) (ii), (a) (iv) или (b) и что озабоченность, вызвавшая предложение об изменении пункта (a) (ii), была уже учтена.

303. Понималось, что арбитражное решение может быть отменено по любому из оснований, перечисленных в пункте 2, независимо от того, влияет такое основание существенным образом на арбитражное решение или нет.

Пункт 3

304. Комиссия не приняла предложения о том, чтобы сделать срок, о котором говорится в пункте 3, зависимым от иного соглашения сторон. Комиссия приняла пункт 3 в его нынешнем виде.

Пункт 4

305. Различные мнения были высказаны в отношении целесообразности этого положения. Согласно одной точке зрения, этот пункт должен быть исключен, поскольку в нем говорится о процедуре, имеющей ограниченное практическое значение и известной только в определенных правовых системах. Более того, в этом положении отсутствует ясность, особенно в том, что касается отношений между судом и арбитражным судом и объема функций, ожидаемых от арбитражного суда в случае возвращения дела на новое рассмотрение арбитрами. В этой связи было предложено, что если это положение должно быть сохранено, его следует ограничить дефектами, которые могут быть устранены без возобновления арбитражного разбирательства, либо следует разработать руководящие принципы в отношении мер, ожидаемых от арбитражного суда.

306. Большинство делегатов, однако, высказалось за сохранение этого положения. Один лишь тот факт, что процедура возвращения арбитражного решения в арбитражный суд известна не во всех правовых системах, не является убедительной причиной для исключения ее из сферы международного торгового арбитража, где она должна доказать свою полезность и выгодность. В обосновании указывалось, что эта процедура там, где она будет сочтена целесообразной судом, позволит арбитражному суду разрешить некоторые проблемы, которые иначе неизбежно привели бы к отмене арбитражного решения. Более того, общая формулировка пункта 4 выгодна тем, что она предоставляет суду и арбитражному суду достаточную гибкость для решения проблем в каждом отдельном случае.

307. Комиссия не приняла предложения об исключении требования о том, что процедура возвращения дела в арбитраж согласно этому пункту должна запрашиваться стороной. После обсуждения Комиссия приняла пункт в его настоящем виде.

* * *

ГЛАВА VIII. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

308. Высказывались различные мнения в отношении того, должен ли типовой закон содержать положения о признании и приведении в исполнение как внутригосударственных, так и иностранных арбитражных решений. Согласно одному мнению, проект главы о признании и приведении в исполнение должен быть исключен. Неуместно включать в типовой закон положения, которые охватывали бы иностранные арбитражные решения, учитывая существование широко признаваемых многосторонних договоров, таких как Нью-йоркская конвенция 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Указывалось, что тем государствам, которые не ратифицировали Конвенцию или не присоединились к ней, следует предложить это сделать, но что государства, которые решили не присоединяться к Конвенции, вряд ли примут почти идентичные нормы, установленные в статьях 35 и 36. Указывалось, что те государства, которые присоединились к Нью-йоркской конвенции 1958 года, не нуждаются в положениях о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Кроме того, такие положения в типовом законе могут поставить под сомнение действительность оговорок о взаимности, сделанных многими государствами-членами, и могут привести к возникновению других затруднений в применении этой Конвенции. Кроме того, сохранение в типовом законе положений о приведении в исполнение внутригосударственных решений приводит к возникновению проблемы их координации с положениями об отмене решений в статье 34 и, по крайней мере, в некоторых государствах такие положения излишни в свете существующего законодательства, которое рассматривает внутригосударственные арбитражные решения как обязательные к исполнению, приравнивая их к решениям местных судов.

309. Преобладало, однако, мнение о том, что необходимо сохранить положение, охватывающее как внутригосударственные, так и иностранные арбитражные решения. Указывалось, что существование и в целом удовлетворительное применение Нью-йоркской конвенции 1958 года, к которой присоединились многие государства, не является неоспоримым аргументом в пользу исключения проекта статьи о признании и приведении в исполнение. Существует большое число государств, фактически большинство государств - членов Организации Объединенных Наций, которые не ратифицировали эту Конвенцию или не присоединились к ней. Для некоторых из этих государств по соображениям конституционного или иного порядка принять положения о признании и приведении в исполнение как части типового закона возможно было бы легче, чем ратифицировать эту Конвенцию или присоединиться к ней. Типовой закон об арбитраже был бы неполным, если бы в нем отсутствовали положения, касающиеся такого важного вопроса, как признание и приведение в исполнение арбитражных решений. Что касается тех государств, которые являются участниками этой Конвенции, проект главы может оказать им дополнительную помощь, предоставив определенный статус решениям, вынесенным вне Конвенции, без отрицательного влияния при этом на действие этой Конвенции. Указывалось в этой связи, что типовой закон, как это отражено в его статье I(I), действует при условии соблюдения любого такого договора, что любое государство, принимающее типовой закон, может рассмотреть вопрос о включении некоторых ограничений, например, основанных на идее взаимности, и что статьи 35 и 36 построены по образцу положений этой Конвенции. Кроме того, концепция единообразного статуса всех арбитражных решений, независимо от страны, где они были приняты, полезна для функционирования международного торгового арбитража.

310. Комиссия после обсуждения постановила сохранить в типовом законе главу о признании и приведении в исполнение арбитражных решений, независимо о того, где они были вынесены. Было отмечено, что в соответствии с этим решением было бы весьма желательно предложить Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций рекомендовать тем государствам, которые еще не сделали этого, присоединиться к Нью-йоркской конвенции 1958 года.

* * *

Статья 35. Признание и приведение в исполнение

311. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 35:

> "I) Арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного заявления приводится в исполнение с учетом положений настоящей статьи и статьи 36.

2) Сторона, ссылающаяся на арбитражное решение или подающая заявление о его исполнении, представляет должным образом удостоверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового, а также подлинное арбитражное соглашение, указанное в статье 7, или должным образом заверенную копию такового. Если арбитражное решение или соглашение изложены не на официальном языке этого государства, сторона должна представить должным образом заверенный перевод этих документов на такой язык*.

3) Представление, регистрация или сдача на хранение арбитражного решения в суд страны, в которой оно было вынесено, не являются предварительным условием для его признания или исполнения в этом государстве.

---

*Условия, изложенные в настоящем пункте, направлены на установление наиболее строгих правил. Однако, если какое-либо государство решит установить менее строгие правила, то это не будет противоречить цели гармонизации, преследуемой разработкой типового закона".

Пункт I

312. Отмечалось, что сфера применения статей 35 и 36 не совпадает со сферой применения Нью-йоркской конвенции 1958 года и что классификация арбитражных решений не совпадает с классификацией Конвенции. Статьи 35 и 36 охватывают только те решения, которые вытекают из международного торгового арбитража по условиям статьи I, даже в том, что касается решений, вынесенных в иностранном государстве. Согласно достигнутому пониманию, это не означает, что государство, где было вынесено решение, само должно было принять типовой закон, для того чтобы применялись эти положения.

313. Отмечалось, что статья 35(I)не определяет момента, с которого решение становится обязательным. Что касается иностранных арбитражных решений, то этот вопрос необходимо решать в соответствии с установленным в статье 36(I) (a) (v) правилом по законодательству государства, на территории или в соответствии с законодательством которого было вынесено арбитражное решение. Что касается "внутригосударственных" решений, то есть решений, вынесенных в государстве, где испрашивается признание или приведение в исполнение в соответствии со статьей 35, то обсуждение этого вопроса было впоследствии проведено в контексте статьи 31 (см. пункты 256-258, выше).

314. Комиссия приняла этот пункт.

Пункт 2

315. Комиссия приняла этот пункт.

Пункт 3

316. Было предложено, чтобы вопрос о том, должно ли решение регистрироваться или сдаваться на хранение, был оставлен на усмотрение каждого государства. Было также высказано мнение о том, что государство действовало бы непоследовательно, требуя регистрации арбитражных решений и в то же время приводя их в исполнение, несмотря на то, что они не были зарегистрированы.

317. Комиссия исключила этот пункт.

* * *

Статья 36. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение

318. Комиссия рассмотрела следующий текст статьи 36:

"I) В признании или приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано лишь:

a) по просьбе стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентному суду, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, доказательство того, что:

i) стороны в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны, или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а в отсутствие такого указания, по закону страны, где решение было вынесено; или

ii) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра (арбитров) или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

iii) решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением,могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то та часть арбитражного решения, в которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, может быть признана и приведена в исполнение; или

iv) состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или, в отсутствие такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж;

v) решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено или приостановлено судом страны, в которой или в соответствии с правом которой оно было вынесено; или

b) если суд найдет, что:

i) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этого государства;

ii) признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку этого государства.

2) Если заявление об отмене или приостановлении исполнения арбитражного решения подано в суд, указанный в подпункте (a) (v) пункта I настоящей статьи, суд, в который подана просьба о признании или приведении в исполнение, может, если найдет целесообразным, отложить вынесение своего решения и может также, по ходатайству той стороны, которая просит о признании или приведении в исполнение арбитражного решения, обязать другую сторону представить надлежащее обеспечение".

319. Комиссия отвергла предложение о том, чтобы статья 36 применялась только к решениям международного торгового арбитража, выносимым в каком-либо государстве, помимо "этого государства". Было высказано мнение утвердить общее решение о сохранении главы VIII о признании и приведении в исполнение арбитражных решений независимо от того, где они выносятся.

Пункт I

320. Было выдвинуто предложение о том, чтобы толковать статью 36 в том смысле, что арбитражное решение не будет признаваться, если суд найдет, что арбитражный суд вел разбирательство, не имея компетенции, или нарушил исключительную компетенцию суда, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение арбитражного решения. Было высказано предположение о том, что этот вопрос может приобрести большую важность в свете решения Комиссии в отношении статьи I(2) (c) о том, что арбитраж является международным, если стороны ясно договорились, что предмет арбитражного соглашения касается более чем одной страны.

321. Комиссия приняла предложение об изменении статьи 36(I) (a) (i) для согласования с изменением, ранее сделанным в статье 34(2) (a) (i). Суть этого изменения состоит в замене слова "стороны" словом "сторона" и слов "были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны" словами "была не в состоянии заключить такое соглашение". Комиссия приняла это предложение в целях согласования текста статей 34 и 36. Вместе с тем Комиссия выразила мнение о том, что это изменение не создает никакого различия по существу между статьей 36(I) (a) (i) и соответствующим положением Нью-йоркской конвенции 1958 года.

322. Комиссия постановила, в соответствии со своим решением по статье 34(2) (a) (ii) (см. пункт 286, выше), заменить в подпункте I(a) (ii) слова "назначение арбитра/арбитров" словами "назначение арбитра".

323. Было предложено опустить подпункт (b) (ii), поскольку в некоторых юрисдикциях общего права термин "публичный порядок" может толковаться как не охватывающий понятия судебного правосудия. Однако Комиссия решила сохранить этот подпункт по тем же соображениям, которые Комиссия высказала в связи со статьей 34(2) (b) (ii) (см. пункты 296-297, выше).

324. Пункт I был принят с изменениями, указанными выше.

Пункт 2

325. Комиссия приняла этот пункт.

* * *

D. Обсуждение прочих вопросов

Заголовки статей

326. Комиссия решила сохранить сноску к заголовку статьи I, с тем чтобы довести до сведения тех, кто будет использовать типовой закон, мнение Комиссии, согласно которому заголовки статей указываются лишь для справочных целей и не должны применяться в целях толкования.

Встречный иск

327. Комиссия напомнила о предложении, внесенном в связи со статьей 23, согласно которому следует добавить новое положение о том, что любое положение типового закона, относящееся к иску, будет применяться mutatis mutandis к встречному иску (см. пункт 201, выше). На основе предложения, подготовленного представителями Соединенных Штатов Америки и Чехословакии, Комиссия постановила добавить к статье 2 следующее положение в качестве нового подпункта (f):

> "f) когда в каком-либо положении настоящего Закона, исключая статьи 25(a) и 32(2) (a), имеется ссылка на иск, оно применяется также к встречному иску, а когда в нем имеется ссылка на возражение, оно применяется также к возражению на такой встречный иск".

Бремя доказывания

328. Было предложено уточнить в типовом законе, что каждая сторона должна нести бремя доказывания фактов, на которые она ссылается в поддержку своего иска или возражения по иску. В поддержку этого предложения указывалось, что при отсутствии такого уточнения некоторые стороны могут не проявить достаточного усердия и некоторые арбитражные суды могут неправильно понять, что их роль заключается в расследовании фактов. Комиссия решила не включать в типовой закон положения по этому вопросу. В поддержку этого решения было указано, что некоторые аспекты бремени доказывания можно рассматривать как вопросы материального права и, в связи с этим, как подпадающие под положения статьи 28; кроме того, такое положение могло бы вызвать ненужное противоречие с общим принципом статьи I9, в соответствии с которым определение правил процедуры лежит на самих сторонах и, во вторую очередь, - на арбитражном суде. Вместе с тем, Комиссия исходила из того понимания, что согласно общепризнанному принципу, если какая-либо сторона ссылается на тот или иной факт в поддержку своего иска или возражения, то она должна доказать этот факт.

Показания свидетелей

329. Высказывалось предложение указать в типовом законе, что показания свидетелей могут также быть представлены в форме подписанных ими письменных заявлений, поскольку было бы полезно, чтобы типовой закон устранил какие-либо сомнения в отношении этого недорогостоящего и иногда единственно возможного метода получения свидетельских показаний. Комиссия не приняла это предложение, поскольку сочла, что урегулировать такие подробности лучше с помощью общего принципа статьи I9.

Принцип взаимности при применении статей 35 и 36

330. Предлагалось включить в статью 35 или в сноску к статье 35 указание на то, что по примеру Нью-йоркской конвенции 1958 года положения статей 35 и 36 можно обусловить принципом взаимности, в том что касается признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений. Вместе с тем в ответ на это предложение указывалось, что идея взаимности может быть целесообразной в конвенции, но нежелательной при унификации норм права с помощью типового закона. Отмечалось также, что поскольку положение о взаимности должно быть подробным и указывать, какого рода взаимность имеется в виду, и поскольку было бы трудно согласовать единый подход к этому вопросу, лучше оставить формулирование любого положения о взаимности на усмотрение каждого государства, принимающего типовой закон. После обсуждения Комиссия приняла ту точку зрения, что, хотя не следует поощрять использование территориальных критериев в международном торговом арбитраже, каждому государству, желающему обусловить применение положений о признании или приведении в исполнение иностранных арбитражных решений принципом взаимности, следует отразить это требование в своем законодательстве с указанием основы или сопутствующих факторов и используемых методов.

E. Рассмотрение проекта статей редакционной группой

331. После рассмотрения Комиссией отдельных статей проекта типового закона эти статьи были переданы Редакционной группе для реализации принятых Комиссией решений и для пересмотра в целях обеспечения согласованности всего текста и текстов на различных языках. В окончательном варианте были сохранены номера всех статей за следующими исключениями: подпункт (e) статьи 2 был выделен в отдельную статью под номером 3, статья 14-бис была включена в статью 14 в качестве пункта 2, статья 18 стала статьей 17, а статья 19(3) была выделена в отдельную статью 18.

F. Утверждение типового закона

332. Комиссия, рассмотрев на своем 333-м заседании 21 июля 1985 года текст проекта типового закона, пересмотренный Редакционной группой, постановила утвердить Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, воспроизведенный в приложении к настоящему докладу.

333. Комиссия предложила Генеральной Ассамблее рекомендовать государствам учитывать этот типовой закон при принятии или пересмотре своего законодательства в соответствии с насущными потребностями в области международного торгового арбитража и просить Генерального секретаря по принятии такой рекомендации направить текст Типового закона совместно с документами, отражающими подготовительную работу на данной сессии Комиссии, правительствам и арбитражным учреждениям, а также другим заинтересованным организациям, таким, как торговые палаты.

ГЛАВА III. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПЛАТЕЖИ

A. Проект конвенции о международных переводных векселях и международных простых векселях 9/

334. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на своей семнадцатой сессии в 1984 году рассмотрела подготовленный Рабочей группой по международным оборотным документам проект конвенции о международных переводных векселях и международных простых векселях, содержащийся в документе A/CN. 9/2II. В отношении своей будущей деятельности Комиссия постановила, что следует провести дальнейшую работу с целью совершенствования проекта конвенции, и возложила эту задачу на Рабочую группу по международным оборотным документам 10/.

335. Перед Рабочей группой была поставлена задача пересмотреть проект конвенции о международных переводных векселях и международных простых векселях в свете решений и результатов обсуждения на семнадцатой сессии Комиссии 11/, а также с учетом комментариев правительств и международных организаций, содержащихся в документах A/CN.9/248 и A/CN.9/249/Add.I, которые на указанной сессии не обсуждались.

336. Комиссия на своей текущей сессии располагала докладом Рабочей группы о работе ее тринадцатой сессии, состоявшейся 7-18 января 1985 года в Нью-Йорке (A/CN.9/26I). Комиссия согласилась с тем, что в свете прогресса, достигнутого в решении основных спорных вопросов, каковыми являются понятия держателя и защищенного держателя, последствия подложных индоссаментов и ответственность лица, передающего вексель путем простого вручения или путем индоссамента, было бы целесообразно обратиться к Рабочей группе с просьбой завершить рассмотрение этих основных спорных вопросов и, по мере возможности, оставшихся вопросов, с тем чтобы представить Комиссии на ее девятнадцатой сессии проект в удобной для рассмотрения форме.

337. Однако ввиду того, что у Рабочей группы может не оказаться достаточно времени для подготовки новой редакции проекта в такой форме на одной сессии, запланированной на период 9-20 декабря 1985 года, Комиссия также решила, что Рабочая группа может провести дополнительную сессию в феврале или марте 1986 года или же завершить выполнение своей задачи иными соответствующими средствами.

338. Было предложено, чтобы после рассмотрения Комиссией на девятнадцатой сессии проекта конвенции, подготовленного Рабочей группой, принять участие в работе которой предлагается всем государствам - членам Комиссии, а также другим государствам и заинтересованным международным организациям, следует пытаться не избегать повторного рассмотрения вопросов, которые уже были подробно обсуждены, за исключением тех случаев, когда явно будут существовать веские основания для такого рассмотрения.

B. Электронный перевод средств 12/

339. На своей пятнадцатой сессии в 1982 году Комиссия располагала докладом Генерального секретаря, в котором рассматривались некоторые правовые проблемы, возникающие в связи с электронным переводом средств (A/CN.9/221). С учетом этих правовых проблем в докладе излагалось мнение о том, что в качестве первого шага Комиссии следует подготовить руководство по правовым проблемам, возникающим в связи с электронным переводом средств. Предлагалось, чтобы это руководство было ориентировано на обеспечение указаний для законодателей и юристов, занимающихся подготовкой норм, регулирующих конкретные системы такого перевода средств.

340. Комиссия приняла эту рекомендацию и просила секретариат приступить к подготовке правового руководства по электронному переводу средств в сотрудничестве с Исследовательской группой ЮНСИТРАЛ по международным платежам 13/. Некоторые главы проекта правового руководства были представлены Комиссии на ее семнадцатой сессии в 1984 году для общих замечаний 14/. На текущей сессии Комиссии был представлен доклад Генерального секретаря, содержащий остальные проекты глав правового руководства.

341. Комиссия придерживалась мнения о том, что проект правового руководства имеет особое значение в связи с существованием правового пробела в этой быстро развивающейся области. Отмечалось существование тесной связи между проектом правового руководства и докладом по вопросу о правовом обеспечении записей на ЭВМ (A/CN.9/265), и было предложено включить в окончательный вариант правового руководства главу, посвященную вопросу о доказательствах.

342. После обсуждения Комиссия постановила просить Генерального секретаря направить проект правового руководства по электронному переводу средств правительствам и заинтересованным международным организациям для комментариев. Она также просила секретариат пересмотреть в сотрудничестве с Исследовательской группой ЮНСИТРАЛ по международным платежам этот проект с учетом полученных замечаний и представить его девятнадцатой сессии Комиссии в 1986 году для рассмотрения и возможного принятия.

ГЛАВА IV. НОВЫЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ПОРЯДОК: ПРОМЫШЛЕННЫЕ КОНТРАКТЫ 15/

343. Комиссии были представлены доклады Рабочей группы по новому международному экономическому порядку о работе ее шестой и седьмой сессий (A/CN.9/259 и A/CN.9/262). В этих докладах отражены обсуждения в Рабочей группе на основе подготовленных секретариатом докладов и проектов глав проекта правового руководства по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4-5, A/CN.9/WG.V/WP.13 и Add.1-6 и A/CN.9/WG.V/WP.15 и Add.1-10).

344. Комиссии также была представлена записка секретариата, озаглавленная "Дальнейшая работа Комиссии в области составления международных договоров на строительство промышленных объектов" (A/CN.9/268). В записке секретариата указывалось, что ввиду того, что работа над правовым руководством вступает в свою заключительную стадию, секретариат уделял должное внимание повышению ценности правового руководства за счет подготовки приложений, затрагивающих области, тесно связанные со строительством промышленных объектов. В этой записке Комиссии сообщалось о том, что Афро-азиатский консультативно-правовой комитет (ААКПК) на своей сессии в Катманду, Непал (6-13 февраля 1985 года), внес рекомендацию о том, что Комиссии следует рассмотреть вопрос о подготовке приложения по правовым вопросам, связанным с совместными предприятиями и возникающим в контексте промышленных контрактов. Он также рекомендовал Комиссии рассмотреть вопрос о концессионных соглашениях и других соглашениях в области природных ресурсов. Секретариат также предварительно рассмотрел вопрос о подготовке приложения, касающегося проведения торгов и закупок в связи со строительством промышленных объектов. Проделанная на сегодняшний день работа по составлению правового руководства позволяет говорить о том, что весьма полезным может оказаться более подробное изучение вопросов, связанных с закупками и проведением торгов, чем это можно сделать в самом правовом руководстве. В записке указывалось, что секретариат имеет намерение представить на одной из последующих сессий Комиссии доклад, в котором будут изложены предложения относительно возможностей дальнейшего повышения ценности правового руководства.

345. Комиссия приняла к сведению доклады Рабочей группы о работе ее шестой и седьмой сессий и высказала признательность Рабочей группе за эффективное выполнение ею своей работы. Комиссия обратилась к Рабочей группе с просьбой продолжать работать быстрыми темпами и представить доклад о работе ее восьмой сессии на следующей сессии Комиссии.

346. Комиссия рассмотрела записку секретариата о дальнейшей работе Комиссии в области международных контрактов на строительство промышленных объектов. Комиссия приняла к сведению намерение секретариата представить на одной из последующих сессий Комиссии доклад, в котором будут изложены предложения относительно возможностей повышения ценности правового руководства путем подготовки отдельных приложений к нему. Отмечалось, что при подготовке доклада секретариату следует принять во внимание рекомендации Афро-азиатского консультативно-правового комитета, приведенные в записке секретариата.

ГЛАВА V. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ОПЕРАТОРОВ ТРАНСПОРТНЫХ ТЕРМИНАЛОВ 16/

347. На своей шестнадцатой сессии в 1983 году Комиссия постановила включить вопрос об ответственности операторов транспортных терминалов в свою программу работы и поручить работу по подготовке единообразных норм по этому вопросу одной из рабочих групп 17/. На своей семнадцатой сессии в 1984 году Комиссия постановила поручить эту работу Рабочей группе по международной договорной практике 18/. Рабочая группа начала рассматривать этот вопрос на своей восьмой сессии, состоявшейся в Вене 3-13 декабря 1984 года.

348. Комиссии был представлен доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее восьмой сессии (A/CN.9/260). В этом докладе изложены обсуждения и решения Рабочей группы в отношении метода ее работы для выполнения задачи, заключающейся в подготовке единообразных норм, регулирующих ответственность операторов транспортных терминалов, а также в отношении вопросов, возникающих в связи с этой темой.

349. Комиссия выразила удовлетворение по поводу проделанной к настоящему времени работы, высказала признательность Рабочей группе за достигнутый прогресс и обратилась к ней с просьбой продолжать выполнение ее работы быстрыми темпами. Ввиду особой важности исследования секретариата, о проведении которого к следующей сессии просила Рабочая группа, к секретариату была обращена просьба заблаговременно подготовить документацию, с тем чтобы дать делегациям возможность рассмотреть ее до начала сессии.

ГЛАВА VI. КООРДИНАЦИЯ РАБОТЫ

A. Общая координация деятельности 19/

350. Секретарь Комиссии представил устный доклад о координации деятельности в области права международной торговли за предыдущий год. Он отметил, что резолюция 39/82 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1984 года подтвердила полномочия Комиссии как основного правового органа системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли координировать деятельность в этой области во избежание дублирования усилий и содействовать повышению эффективности, последовательности и единообразия в унификации и согласовании права международной торговли. Он сообщил, что данные функции Комиссии как основного правового органа в этой области признаны и другими международными организациями в рамках системы Организации Объединенных Наций и за ее пределами, которые регулярно обращаются к Комиссии и ее секретариату за указаниями в этих вопросах.

351. Комиссия отметила участие большого числа других международных организаций в сессиях Комиссии и ее рабочих групп, что нашло отражение в докладах этих сессий. Было признано, что опыт этих участников сессии способствовал выработке программы работы Комиссии. Было также признано, что их участие в сессиях Комиссии является эффективной формой координации работы этих организаций с деятельностью Комиссии.

352. Комиссия приветствовала постоянные контакты между секретариатом и другими организациями, занимающимися правом международной торговли, и призвала секретариат максимально расширять эти связи в рамках имеющихся ресурсов.

353. Отмечалось, что секретариат намеревается представить на девятнадцатой сессии Комиссии доклад о текущей деятельности других международных организаций в области права международной торговли в целом, подобный последним докладам, представленным в 1981 и 1983 годах. Кроме того, будет представлен доклад о текущей деятельности других международных организаций в области международного торгового арбитража.

B. Правовое значение записей на ЭВМ 20/

354. На своей пятнадцатой сессии в 1982 году Комиссия рассмотрела доклад Генерального секретаря, в котором обсуждались некоторые правовые проблемы, возникающие в связи с электронным переводом средств 21/. В связи с вопросом о правовом значении записей на ЭВМ в докладе был сделан следующий вывод: "Эта проблема, имеющая особое значение для международного электронного перевода средств, представляет собой общий интерес в отношении всех аспектов международной торговли. Поэтому было бы желательно найти общие для всех решения" 22/. На основе этого доклада Комиссия просила секретариат представить на одной из последующих сессий доклад по вопросу о правовом значении записей на ЭВМ в целом 23/.

355. На своей семнадцатой сессии в 1984 году Комиссия постановила включить в программу работы в качестве первоочередного пункта вопрос о правовых проблемах, возникающих в связи с использованием автоматической обработки данных в международной торговле 24/. На своей текущей сессии Комиссия располагала докладом о правовом значении записей на ЭВМ (A/CN.9/265).

356. В рамках подготовки этого доклада секретариат подготовил вопросник об использовании данных, предназначенных для ЭВМ, в качестве доказательств при судебном разбирательстве. В то же время в сотрудничестве с секретариатом Комиссии Совет таможенного сотрудничества подготовил вопросник о приемлемости для таможенных органов грузовых деклараций, составленных в форме, пригодной для ЭВМ, и о последующем использовании таких деклараций в судебном разбирательстве. Информация, содержащаяся в ответах, была использована при подготовке этого доклада.

357. В докладе был сделан вывод о том, что на глобальном уровне существует меньше проблем в области использования данных, хранящихся в ЭВМ, в качестве доказательств в судебных процессах, чем можно было бы ожидать. Почти во всех странах, ответивших на вопросник, по-видимому, существуют правовые нормы, являющиеся по меньшей мере достаточными для того, чтобы дать возможность использовать записи на ЭВМ в качестве доказательств и позволить судам проводить необходимую оценку и определять, какое значение следует придать тем или иным данным или тому или иному документу.

358. В докладе отмечается, что более серьезные правовые препятствия для использования ЭВМ и для связи через ЭВМ в международной торговле возникают в связи с требованиями о том, что документы должны быть подписаны или что документы должны быть оформлены письменно на бумаге.

Обсуждение в Комиссии

359. Комиссия приветствовала данный первый доклад, подготовленный секретариатом во исполнение принятого на ее семнадцатой сессии решения о включении в программу работы в качестве первоочередного пункта вопроса о правовых проблемах, возникающих в связи с использованием автоматической обработки данных в международной торговле. Содержащаяся в этом докладе информация и анализ проблем помогут государствам осуществить пересмотр своих правовых норм, затрагивающих использование ЭВМ и другие формы автоматической обработки данных. Комиссия отметила, что доклад был подготовлен секретариатом в сотрудничестве с другими международными организациями, проявляющими интерес к этому вопросу, и призвала секретариат продолжать свое сотрудничество с этими и другими организациями, действующими в этой области. В этой связи она приняла к сведению, что секретариат представит на девятнадцатой сессии дальнейший доклад по вопросу о правовых аспектах автоматической обработки данных.

Решение

360. После обсуждения Комиссия решила принять следующую рекомендацию:

"Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

отмечая, что использование автоматической обработки данных (АОД) уже прочно внедряется во всем мире во многих сферах внутренней и международной торговли, а также в административных службах,

отмечая также, что существовавшие до АОД правовые нормы, основанные на использовании бумажных документов в области международной торговли, могут создавать помехи такому использованию АОД и тем самым привести к правовой необеспеченности или помешать эффективному использованию АОД в тех сферах, где ее использование было бы оправдано,

отмечая далее с признательностью усилия Европейского совета, Совета таможенного сотрудничества и Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций, направленные на преодоление препятствий для использования АОД в международной торговле, вытекающих из этих правовых норм,

считая в то же время, что нет необходимости унифицировать доказательственные правила в отношении использования записей на ЭВМ в международной торговле, поскольку существующий опыт свидетельствует о том, что значительные расхождения в доказательственных правилах, применяющихся к системе бумажной документации, до сих пор не нанесли заметного ущерба развитию международной торговли,

считая также, что прогресс в использовании АОД порождает желательность для ряда правовых систем приспособить существующие правовые нормы к этим изменениям, уделяя, однако, должное внимание необходимости поощрения использования таких средств АОД, которые могли бы обеспечить такую же или еще большую надежность по сравнению с бумажной документацией,

I. рекомендует правительствам:

a) рассмотреть правовые нормы, затрагивающие использование записей на ЭВМ в качестве доказательства при судебных разбирательствах, с тем чтобы устранить ненужные препятствия для их допустимости, убедиться в соответствии этих норм достижениям в области технологии и предоставить судам надлежащие средства для оценки достоверности данных, содержащихся в этих записях;

b) рассмотреть правовые требования о письменной форме определенных торговых сделок или торговых документов, независимо о того, является ли эта форма условием, обеспечивающим исковую силу или действительность сделки или документа, с тем чтобы допустить, когда это целесообразно, возможность регистрации сделок или документов и их передачи в форме, пригодной для ЭВМ;

c) рассмотреть правовые требования, касающиеся подписи от руки или других предназначенных для бумаг способов удостоверения торговых документов, с тем чтобы допустить, когда это целесообразно, использование электронных средств удостоверения документов;

d) рассмотреть правовые требования о письменной форме и подписании от руки документов, представляемых правительствам, с тем чтобы разрешить, когда это целесообразно, представлять такие документы в форме, пригодной для ЭВМ, тем административным службам, которые приобрели необходимое оборудование и установили необходимые процедуры;

2. рекомендует международным организациям, разрабатывающим правовые тексты, относящиеся к торговле, принимать во внимание настоящую рекомендацию при принятии таких текстов и, где это целесообразно, рассмотреть вопрос об изменении существующих правовых текстов в соответствии с настоящей Рекомендацией".

C. Текущие мероприятия других организаций в области передачи технологии 25/

361. Комиссия на своей четырнадцатой сессии в 1981 году предложила секретариату выбрать конкретную область права международной торговли для подробного рассмотрения в рамках своего регулярного доклада о текущей деятельности международных организаций, связанной с согласованием и унификацией права международной торговли. На данной сессии Комиссии был представлен доклад Генерального секретаря о текущих мероприятиях международных организаций в рамках системы Организации Объединенных Наций, связанных с правовыми аспектами передачи технологии (A/CN.9/269). Комиссия с удовлетворением приняла к сведению этот доклад.

ГЛАВА VII. ПОДГОТОВКА КАДРОВ И ОКАЗАНИЕ ПОМОЩИ 26/

362. На своей семнадцатой сессии в 1984 году Комиссия пришла к согласию в отношении того, что поддержку региональных симпозиумов и семинаров по праву международной торговли в целом и деятельности Комиссии в частности следует продолжать и усиливать 27/. Подчеркивалось, что такие симпозиумы и семинары имеют очень большое значение для юристов и представителей деловых кругов развивающихся стран. Комиссия одобрила подход секретариата к организации симпозиумов и семинаров на региональной основе в сотрудничестве с другими организациями.

363. В своей резолюции 39/82 от 13 декабря 1984 года по докладу Комиссии о работе ее семнадцатой сессии Генеральная Ассамблея вновь подтвердила значение, в частности для развивающихся стран, работы Комиссии, касающейся подготовки кадров и оказания помощи в области права международной торговли, и желательность поддержки Комиссией симпозиумов и семинаров, организуемых на региональной основе. Генеральная Ассамблея также выразила признательность правительствам, организациям и учреждениям, которые сотрудничали с секретариатом Комиссии в организации симпозиумов и семинаров, и предложила правительствам, международным организациям и учреждениям оказать помощь секретариату Комиссии в финансировании и организации региональных семинаров и симпозиумов.

364. Комиссии был представлен доклад Генерального секретаря о подготовке кадров и оказании помощи (A/CN.9/270), в котором отражены меры, принятые секретариатом по осуществлению решений Комиссии и Генеральной Ассамблеи. В докладе, в частности, отмечается участие секретариата в проведении ряда региональных семинаров. Министерство юстиции Австралии совместно с секретариатом ЮНСИТРАЛ и Афро-азиатским консультативно-правовым комитетом провели азиатско-тихоокеанский региональный семинар по торговому праву (Канберра, Австралия, 22-27 ноября 1984 года). В этом мероприятии также приняли участие Международный институт унификации частного права (ЮНИДРУА) и Гаагская конференция по международному частному праву. Были обсуждены некоторые основные вопросы, вытекающие из работы Комиссии. Секретариат ЮНСИТРАЛ принял участие в региональном семинаре (Дубровник, Югославия, 11-23 марта 1985 года) по международной купле-продаже товаров (с уделением особого внимания Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год), организованном Межуниверситетским центром по подготовке аспирантов (Дубровник). Торговая палата Боготы, Иберийско-американская ассоциация торговых палат и секретариат ЮНСИТРАЛ при поддержке секретариата Организации американских государств организовали региональный семинар (Богота, Колумбия, 22-23 апреля 1985 года) по деятельности ЮНСИТРАЛ и праву международной торговли.

365. В докладе отмечалось, что в ряде случаев, помимо упомянутых выше, секретариат участвовал в симпозиумах и семинарах, касавшихся работы Комиссии, и что секретариат намерен и впредь поддерживать контакты с правительствами и организациями с целью сотрудничества с ними в организации симпозиумов и семинаров.

366. Было достигнуто общее согласие о том, что поддержку симпозиумов и семинаров по международному торговому праву в целом и мероприятия данной Комиссии в частности следует продолжать и расширять. Было отмечено, что такие симпозиумы и семинары представляют большую ценность для молодых юристов и государственных должностных лиц из развивающихся стран. В ходе обсуждения отмечалось, что на мероприятиях по подготовке кадров и оказанию помощи положительно сказалось бы обеспечение средств для организации секретариатом симпозиумов и семинаров и что следовало бы попытаться в подходящее время получить регулярные ассигнования из бюджета на такие мероприятия. Было отмечено также, что, возможно, было бы целесообразным еще раз организовать семинар, посвященный мероприятиям Комиссии в связи с ежегодной сессией Комиссии.

367. Комиссия выразила глубокую признательность всем правительствам и организациям, которые оказали помощь секретариату в финансировании и организации симпозиумов и семинаров. Комиссия выразила также свою признательность за усилия, предпринятые в этой области секретариатом, и одобрила общий подход секретариата к организации симпозиумов и семинаров.

368. Было сделано несколько заявлений, касающихся предложений о проведении симпозиумов и семинаров в области международного торгового права. Представитель Кубы заявил, что в 1987 году в Гаване в сотрудничестве с секретариатом ЮНСИТРАЛ планируется провести семинар, посвященный вопросам международного торгового права.Было предложено провести консультации с секретариатом о темах для обсуждения и деталях организации этого семинара. Представитель Регионального центра по международному торговому арбитражу в Каире подтвердил, что региональный семинар международного торгового арбитража состоится в сотрудничестве с секретариатом ЮНСИТРАЛ в Каире в январе 1986 года. Он подтвердил приглашение для всех присутствующих делегатов и наблюдателей принять участие в этом семинаре. Представитель Кении заявил, что в сотрудничестве с секретариатом ЮНСИТРАЛ разрабатываются планы о проведении в Найроби симпозиума, посвященного международному торговому праву и деятельности данной Комиссии. Проведение этого семинара, вероятно, будет запланировано на 1986 год. Представитель Австралии заявил, что семинар по торговому праву, аналогичный семинару Афро-азиатского консультативно-правового комитета, состоявшемуся в 1984 году, запланировано провести в 1988 году в связи с празднованием 200-летия Австралии.

ГЛАВА VIII. СТАТУС КОНВЕНЦИЙ 28/

369. Комиссия рассмотрела статус конвенций, которые являются результатом ее деятельности, в частности Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, 1974 год) (именуемой далее "Конвенцией об исковой давности"); Протокола о внесении поправок в Конвенцию об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Вена, 1980 год); Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года (Гамбург) (именуемой далее "Гамбургские правила"); Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год) (именуемой далее "Венская конвенция о купле-продаже товаров"). Комиссия пользовалась запиской секретариата о статусе этих конвенций, в которой излагается состояние дел с подписанием, ратификацией этих конвенций и присоединением к ним (A/CN.9/271).

370. Некоторые делегации сообщили об успешных мерах, принимаемых их странами в целях ратификации Венской конвенции о купле-продаже товаров, отмечая вероятность того, что в ближайшем будущем число стран, которые ратифицируют эту конвенцию, достигнет уровня, необходимого для вступления этой Конвенции в силу. Отмечая эту многообещающую тенденцию, секретарь Комиссии сослался на полученную им информацию о том, что многие государства - участники Конвенции о единообразном законе о международной купле-продаже товаров (Гаага, 1964 год) ("Гаагская конвенция 1964 года") ожидают вступления в силу Венской конвенции о купле-продаже товаров, с тем чтобы стороны Гаагской конвенции 1964 года могли предпринять совместные действия, денонсировав эту Конвенцию и став участниками Венской конвенции о купле-продаже товаров.

ГЛАВА IX. СООТВЕТСТВУЮЩИЕ РЕЗОЛЮЦИИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕИ, БУДУЩАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ 29/

A. Резолюция Генеральной Ассамблеи о работе Комиссии

371. Комиссия с удовлетворением приняла к сведению резолюцию Генеральной Ассамблеи 39/82 от 13 декабря 1984 года по докладу Комиссии о работе ее семнадцатой сессии.

B. Дата и место проведения девятнадцатой сессии Комиссии

372. Было решено провести девятнадцатую сессию Комиссии в течение четырех недель с 16 июня по 11 июля 1986 года в Нью-Йорке. Отмечалось, что основным пунктом повестки дня девятнадцатой сессии будет рассмотрение проекта Конвенции о международных переводных и международных простых векселях, и выражались мнения о необходимости принятия Комиссией всех мер для завершения работы по проекту Конвенции на указанной сессии.

C. Сессии рабочих групп

373. Было решено провести четырнадцатую сессию Рабочей группы по международным оборотным документам в период с 9 по 20 декабря 1985 года в Вене и, если возникнет необходимость в проведении дополнительной сессии для представления в соответствующем виде проекта Конвенции о международных переводных и международных простых векселях на рассмотрение Комиссии на ее девятнадцатой сессии, провести пятнадцатую сессию в феврале или марте 1986 года в Нью-Йорке.

374. Было решено провести девятую сессию Рабочей группы по международной договорной практике в период с 6 по 17 января 1986 года в Нью-Йорке.

375. Было решено провести восьмую сессию Рабочей группы по новому международному экономическому порядку с 17 по 27 марта 1986 года в Вене.

D. Распространение информации о решениях, касающихся правовых текстов ЮНСИТРАЛ, и единообразное толкование таких текстов

376. На шестнадцатой (1983 год) и семнадцатой (1984 год) сессиях Комиссии были выдвинуты предложения о необходимости изучения методов распространения информации о судебных и арбитражных решениях, касающихся правовых текстов, подготовленных Комиссией 30/. На заседании Шестого комитета в период тридцать девятой сессии Генеральной Ассамблеи была высказана также просьба о том, чтобы секретариат представил документ по этому вопросу восемнадцатой сессии Комиссии 31/.

377. Комиссия рассмотрела записку секретариата (A/CN.9/267), в которой обсуждаются возможные механизмы для сбора и распространения информации о решениях, касающихся правовых текстов, подготовленных Комиссией, и различные меры по обеспечению единообразного толкования таких текстов. В докладе отмечалось, что разработка Комиссией конкретных механизмов и мер в настоящее время может быть преждевременной, и говорилось, что Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об этом после вступления в силу Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год). Комиссия постановила перенести рассмотрение этого вопроса на соответствующую сессию в будущем.

378. В связи с этим пунктом секретарь Комиссии отметил, что во исполнение поручения, ранее возложенного Комиссией на секретариат ЮНСИТРАЛ 32/, секретариат в настоящее время занимается подготовкой книги о работе Комиссии, которая охватит историю, мандат, методы работы и рабочую программу Комиссии, а также обсуждение тем, над которыми работает Комиссия. Книга будет содержать все правовые тексты, принятые Комиссией, а также всеобъемлющий перечень всех документов ЮНСИТРАЛ.

Примечания

1/ В соответствии с резолюцией 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи члены Комиссии избираются на шестилетний срок. В настоящее время 19 членов были избраны Генеральной Ассамблеей на ее тридцать четвертой сессии 9 ноября 1979 года (решение 34/308), и 17 членов были избраны Генеральной Ассамблеей на ее тридцать седьмой сессии 15 ноября 1982 года (решение 37/308). В соответствии с резолюцией 31/99 от 15 декабря 1976 года срок полномочий членов, избранных Генеральной Ассамблеей на ее тридцать четвертой сессии, истекает в последний день перед открытием девятнадцатой очередной ежегодной сессии Комиссии в 1986 году, а срок полномочий членов, избранных Генеральной Ассамблеей на ее тридцать седьмой сессии, истекает в последний день перед открытием двадцать второй очередной ежегодной сессии Комиссии в 1989 году.

2/ Выборы проведены 3 и 4 июня 1985 года на 305-м и 308-м заседаниях. В соответствии с решением, принятым Комиссией на первой сессии, Комиссия имеет трех заместителей Председателя, с тем чтобы каждая из пяти групп государств, перечисленных в пункте 1 раздела II резолюции 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи, была представлена ими вместе с Председателем и Докладчиком в руководящих органах Комиссии (см. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее первой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцать третья сессия, Дополнение № 16 (A/7216, пункт 14 (Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, том I: 1968-1970 годы (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.71.V.1), часть вторая, I, A, пункт 14).

3/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своих 305-333-м заседаниях 3-21 июня 1985 года. Краткие отчеты об этих заседаниях содержатся в документах A/CN.9/SR. 303-333.

4/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее четырнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 17 (A/36/17), пункт 70.

5/ Доклады о работе этих сессий содержатся в документах A/CN.9/216, A/CN.9/232, A/CN.9/233, A/CN.9/245, A/CN.9/246.

6/ Проект текста типового закона о международном торговом арбитраже содержится в приложении к документу A/CN.9/246.

7/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункт 101.

8/ Текст проекта статьи 17, которая была исключена Рабочей группой на ее последней сессии (A/CN.9/246, пункты 52-56), звучал следующим образом:

Статья 17. Одновременный контроль суда

"1) [Несмотря на положения статьи 16,] сторона может [в любое время] просить суд, указанный в статье 6, принять решение о том, существует ли действительное арбитражное соглашение и [, если арбитражное разбирательство началось,] обладает ли арбитражный суд юрисдикцией [в отношении переданного ему спора].

2) До вынесения судом такого решения арбитражный суд может продолжать разбирательство [, если суд не вынесет постановления о приостановлении арбитражного разбирательства]".

9/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своем 331-м заседании 19 июня 1985 года.

10/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункт 88.

11/ Обсуждение основных спорных и других вопросов и заключения по ним изложены в докладе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункты 21-82.

12/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своем 328-м заседании 18 июня 1985 года.

13/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее пятнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/37/17), пункт 73.

14/ Проект глав см. в документах A/CN.9/250/Add.1-4.

15/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своем 331-м заседании 19 июня 1985 года.

16/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своем 331-м заседании 19 июня 1985 года.

17/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее шестнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункт 115.

18/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункт 113.

19/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своем 328-м заседании 18 июня 1985 года.

20/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своем 328-м заседании 18 июня 1985 года.

21/ Документ A/CN.9/221 (и Corr.1, только на французском языке).

22/ Там же, пункт 81.

23/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее пятнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/37/17), пункт 73.

24/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункт 136.

25/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своем 328-м заседании 18 июня 1985 года.

26/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своем 331-м заседании 19 июня 1985 года.

27/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункт 141.

28/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своем 328-м заседании 18 июня 1985 года.

29/ Комиссия рассмотрела этот вопрос на своих 328-м и 331-м заседаниях 18 и 19 июня 1985 года.

30/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее шестнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/38/17), пункт 137; Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункт 155.

31/ Краткие отчеты о четвертом заседании (A/C.6/39/SR.4), пункт 28.

32/ См. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее пятнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/37/17), пункты 142, 143.

ПРИЛОЖЕНИЕ I

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже

[Приложение воспроизводится в третьей части, I, настоящего Ежегодника]

ПРИЛОЖЕНИЕ II

Перечень документов сессии

[Приложение не воспроизводится; см. перечень документов ЮНСИТРАЛ в третьей части, IV, A, настоящего Ежегодника]

B. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД): выдержка из доклада Совета по торговле и развитию (тридцать первая сессия) (TD/B/1077) а/

"B. Прогрессивное развитие права международной торговли: восемнадцатый годовой доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (пункт 8b повестки дня)

918. На 677-м заседании 25 сентября 1985 года Председатель Совета привлек внимание к восемнадцатому годовому докладу Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) (A/40/17), который был распространен в качестве документа TD/B/1072.

919. Представитель СССР отметив, что ЮНСИТРАЛ успешно справляется со своей задачей, заявил, что его делегация поддерживает предложенный ЮНСИТРАЛ в ее годовом докладе проект резолюции, которую могла бы в дальнейшем принять Генеральная Ассамблея и которая касается проекта типового закона о международном торговом арбитраже. По его мнению, особого внимания заслуживает зафиксированное в докладе положение, согласно которому каждое государство имеет право в случае принятия национального законодательства на базе указанного типового закона обусловить требованием взаимности применение его норм о признании и исполнении иностранных арбитражных решений.

Решение Совета

920. На том же заседании Совет принял к сведению доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии (A/40/17) и сделанные по нему замечания."

а/ Официальные отчеты Совета по торговле и развитию, тридцать первая сессия, Дополнение № 1A (TD/B/1077).

C. Генеральная Ассамблея: доклад Шестого комитета (A/40/935)*

I. По рекомендации Генерального комитета Генеральная Ассамблея на своем 3-м пленарном заседании 20 сентября 1985 года постановила включить в повестку дня своей сороковой сессии пункт, озаглавленный "Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии", и передать его Шестому комитету.

2. В связи с этим пунктом на рассмотрении Шестого комитета находился указанный доклад, который был представлен Председателем Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на 3-м заседании Комитета 20 сентября [1]. Помимо доклада, Комитету была представлена записка Генерального секретаря (A/C.6/40/L.5), касающаяся рассмотрения этого доклада Советом по торговле и развитию Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию.

3. Шестой комитет рассматривал данный пункт на своих 3-5-м заседаниях 2-7 октября, а также на своих 37-м и 38-м заседаниях 13 и 14 ноября 1985 года. Краткие отчеты об этих заседаниях (A/C.6/40/SR.3-5, 37 и 38) содержат мнения представителей, выступивших в ходе рассмотрения этого пункта.

4. На 37-м заседании 13 ноября представитель Австрии внес проект резолюции (A/C.6/40/L.6), авторами которого являются Австрия, Австралия, Аргентина, Бельгия, Бразилия, Венгрия, Германии, Федеративная Республика, Греция, Египет, Испания, Италия, Канада, Кения, Кипр, Ливийская Арабская Джамахирия, Нигерия, Нидерланды, Румыния, Сенегал, Сингапур, Турция, Филиппины, Финляндия, Франция, Швеция, Ямайка, Югославия и Япония, к которым позднее присоединились Гайана, Марокко и Чехословакия, а также проект резолюции (A/C.6/40/L.7), авторами которого являются Австралия, Австрия, Аргентина, Бразилия, Венгрия, Германии, Федеративная Республика, Греция, Египет, Испания, Италия, Канада, Кения, Кипр, Нигерия, Нидерланды, Сенегал, Сингапур, Соединенные Штаты Америки, Филиппины, Финляндия, Франция, Швеция, Ямайка и Япония, к которым позднее присоединились Гайана и Чехословакия.

5. На своем 38-м заседании Комитет принял консенсусом проект резолюции A/C.6/40/L.6 (см. пункт 6, проект резолюции I) и проект резолюции A/C.6/40/L.7) (см. пункт 6, проект резолюции II).

РЕКОМЕНДАЦИИ ШЕСТОГО КОМИТЕТА

6. Шестой комитет рекомендует Генеральной Ассамблее принять следующие проекты резолюций:

[Тексты в настоящем разделе не воспроизводятся. Проект резолюции I и проект резолюции II были приняты с редакционными изменениями в качестве резолюций 40/71 и 40/72. См. раздел D, ниже.]

---

* 27 ноября 1985 года, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, пункт 135 повестки дня.

1/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17 (A/40/17). Доклад был представлен в соответствии с решением Шестого комитета, принятым на его 1096-м заседании 13 декабря 1968 года (см. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцать третья сессия, Приложения, пункт 88 повестки дня, документ A/7408, пункт 3) (Ежегодник 1968-1970 годы, часть вторая, I,B,2).

D. Резолюции Генеральной Ассамблеи 40/71 и 40/72 от 11 декабря 1985 года

40/71. ДОКЛАД КОМИССИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Генеральная Ассамблея,

рассмотрев доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии 1/,

напоминая, что цель Комиссии заключается в содействии прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли,

ссылаясь в этой связи на свою резолюцию 2205 (XXI) от 17 декабря 1966 года, а также на все свои другие резолюции, касающиеся работы Комиссии,

ссылаясь также на свои резолюции 3201 (S-VI) и 3202 (S-VI) от 1 мая 1974 года, 3281 (XXIX) от 12 декабря 1974 года и 3362 (S-VII) от 16 сентября 1975 года,

вновь подтверждая свою убежденность в том, что прогрессивное согласование и унификация права международной торговли в целях сокращения или устранения правовых препятствий в международной торговле, особенно препятствий, наносящих ущерб развивающимся странам, в значительной степени будут содействовать всеобщему экономическому сотрудничеству между всеми государствами на основе равенства, справедливости и общих интересов и ликвидации дискриминации в международной торговле и, таким образом, благосостоянию всех народов,

принимая во внимание необходимость учитывать различные социальные и правовые системы при согласовании и унификации права международной торговли,

подчеркивая важность участия государств, находящихся на всех уровнях экономического развития, включая развивающиеся страны, в процессе согласования и унификации права международной торговли,

1. с признательностью принимает к сведению доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии;

2. выражает признательность Комиссии за прогресс, достигнутый в ее работе и за принятие решений путем консенсуса;

3. призывает Комиссию по-прежнему принимать во внимание соответствующие положения резолюций, касающихся нового международного экономического порядка, которые приняты Генеральной Ассамблеей на ее шестой и седьмой специальных сессиях, и вновь подтверждает важность, особенно для развивающихся стран, работы, проводимой Рабочей группой по новому международному экономическому порядку по составлению правового руководства по разработке международных контрактов на строительство промышленных объектов;

4. с особым удовлетворением отмечает завершение разработки и принятие Комиссией Типового закона о международном торговом арбитраже 2/;

5. приветствует работу Комиссии по правовым последствиям автоматической обработки данных для международной торговли как деятельность, имеющей жизненно важное значение для государств, находящихся на всех уровнях экономического развития, включая развивающиеся страны, и в этой связи:

a) выражает признательность Комиссии за ее рекомендацию относительно правового значения записей на ЭВМ 3/, которая вместе с подготовительным докладом, представленным Комиссии Генеральным секретарем 4/, способствует уточнению правовых вопросов;

b) призывает правительства и международные организации принять, где это необходимо, меры в соответствии с рекомендацией Комиссии 3/ в целях обеспечения правовых гарантий в контексте самого широкого возможного применения автоматической обработки данных в международной торговле;

6. вновь подтверждает мандат Комиссии, как центрального правового органа в рамках системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли, на координацию правовой деятельности в этой области для того, чтобы избежать дублирования усилия и содействовать эффективности, последовательности и координации в унификации и согласовании права международной торговли и в этой связи рекомендует Комиссии через ее секретариат по-прежнему поддерживать тесное сотрудничество с другими международными органами и организациями, включая региональные организации, осуществляющими активную деятельность в области права международной торговли;

7. вновь подтверждает также значение, в частности для развивающихся стран, работы Комиссии, касающейся подготовки кадров и оказания помощи в области права международной торговли, и желательность проведения Комиссией симпозиумов и семинаров, в том числе организуемых на региональной основе, для содействия подготовке кадров и оказания помощи в этой области, и в этой связи:

a) выражает свою признательность тем правительствам, региональным организациям и учреждениям, которые сотрудничали с секретариатом Комиссии в организации региональных семинаров и симпозиумов в области права международной торговли;

b) приветствует инициативы, предпринимаемые Комиссией и ее секретариатом в целях сотрудничества с другими организациями и учреждениями в проведении региональных семинаров;

c) предлагает правительствам, международным организациям и учреждениям оказывать содействие секретариату Комиссии в финансировании и проведении региональных симпозиумов и семинаров, в частности, в развивающихся странах;

d) предлагает правительствам, соответствующим органам Организации Объединенных Наций, организациям, учреждениям и отдельным лицам предоставлять добровольные взносы с целью создания условий для возобновления программы Комиссии в области предоставления на регулярной основе стипендий кандидатам из развивающихся стран, с тем чтобы они могли принять участие в таких симпозиумах и семинарах;

8. подчеркивает важность введения в действие конвенций, являющихся результатом работы Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, для глобальной унификации и согласования права международной торговли;

9. рекомендует Комиссии продолжать свою работу над вопросами, включенными в ее программу работы;

10. выражает свою признательность Отделению по праву международной торговли Управления по правовым вопросам Секретариата за ту важную роль, которую оно играет в качестве основного секретариата Комиссии в содействии осуществлению программы работы Комиссии.

1/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17 (A/40/17).

2/ Там же, приложение I.

3/ Там же, глава VI, раздел B.

4/ A/CN.9/265.

112-е пленарное заседание
11 декабря 1985 года

40/72. ТИПОВОЙ ЗАКОН КОМИССИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ О МЕЖДУНАРОДНОМ ТОРГОВОМ АРБИТРАЖЕ

Генеральная Ассамблея,

признавая полезность арбитража как метода урегулирования споров, возникающих в международных торговых отношениях,

будучи убеждена, что разработка типового закона об арбитраже, приемлемого для государств с различными правовыми, социальными и экономическими системами, способствует развитию гармоничных международных экономических отношений,

отмечая, что Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на своей восемнадцатой сессии после должного обсуждения и продолжительных консультаций с арбитражными учреждениями и отдельными экспертами по международному торговому арбитражу приняла Типовой закон о международном торговом арбитраже,

будучи убеждена, что Типовой закон вместе с Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и Арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, рекомендованным Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 31/98 от 15 декабря 1976 года, в значительной степени способствует созданию единых правовых рамок для справедливого и эффективного урегулирования споров, возникающих в международных торговых отношениях,

1. просит Генерального секретаря препроводить текст Типового закона Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о международном торговом арбитраже вместе с документами, отражающими подготовительную работу на восемнадцатой сессии Комиссии, правительствам и арбитражным учреждениям и другим заинтересованным органам, таким как торговые палаты;

2. рекомендует всем государствам должным образом принимать во внимание Типовой закон о международном торговом арбитраже, имея в виду желательность единообразия Закона о процедурах арбитража и конкретные потребности практики международного торгового арбитража.

112-е пленарное заседание
11 декабря 1985 года

1/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17 (A/40/17), приложение I.

2/ United Nations, Treaty Series, vol. 330, No. 4739, p. 38.

3/ Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.77.V.6.

I. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТОРГОВЫЙ АРБИТРАЖ

A. Аналитический обзор комментариев, полученных от правительств и международных организаций, к проекту текста типового закона о международном торговом арбитраже: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/263 и Add. 1-3) a/

/A/CN.9/263/

СОДЕРЖАНИЕ

	Стр.
ВВЕДЕНИЕ	81
АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОБЗОР КОММЕНТАРИЕВ	82
A. Общие комментарии к проекту текста	82
B. Конкретные комментарии по отдельным статьям	85
ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	85
Статья 1. Сфера применения	85
Статья 2. Определения и правила толкования	89
Статья 4. Отказ от права на возражение	90
Статья 5. Объем вмешательства суда	91
Статья 6. Суд для выполнения определенных вспомогательных функций и функции надзора в отношении арбитража	91
ГЛАВА II. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ	92
Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения	92
Статья 8. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде	94
Статья 9. Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда	95
ГЛАВА III. СОСТАВ АРБИТРАЖНОГО СУДА	95
Статья 10. Число арбитров	95
Статья 11. Назначение арбитров	95
Статья 12. Основания для отвода	96
Статья 13. Процедура отвода	96
Статья 14. Бездействие или невозможность действия	98
Статья 14-бис	98
Статья 15. Назначение нового арбитра	98
ГЛАВА IV. КОМПЕТЕНЦИЯ АРБИТРАЖНОГО СУДА	99
Статья 16. Право на вынесение постановления о своей компетенции	99
Статья 18. Полномочие арбитражного суда на вынесение решения о принятии обеспечительных мер	101

---

a/ Рассмотрение Комиссией см. Доклад, глава II, A (часть первая, A, выше).

Стр.

ГЛАВА V. ВЕДЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА I02

Статья I9. Определение правил процедуры I02
Статья 20. Место арбитража I03
Статья 2I. Начало арбитражного разбирательства I03
Статья 22. Язык I04
Статья 23. Исковое заявление и возражения по иску I04
Статья 24. Слушание и письменное разбирательство I04
Статья 25. Непредставление документов или неявка стороны I06
Статья 26. Эксперт, назначенный арбитражным судом I06
Статья 27. Содействие суда в получении доказательств I07

ГЛАВА VI. ВЫНЕСЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА I08

Статья 28. Нормы, применимые к существу спора I08
Статья 29. Вынесение решения группой арбитров II0
Статья 30. Мировое соглашение III
Статья 3I. Форма и содержание арбитражного решения III
Статья 32. Прекращение разбирательства III
Статья 33. Исправление и толкование решений и дополнительные решения II2

ГЛАВА VII. ОБЖАЛОВАНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ II2

Статья 34. Заявление об отмене как исключительное средство обжалования арбитражного решения II2

ГЛАВА VIII. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ II5

Статья 35. Признание и приведение в исполнение арбитражных решений II7
Статья 36. Основания для отказа в признании и приведении в исполнение II8

C. Замечания по дополнительным пунктам II9

ВВЕДЕНИЕ

1. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на своей четырнадцатой сессии постановила поручить Рабочей группе по международной договорной практике подготовить проект типового закона о международном торговом арбитраже 1/. Рабочая группа приступила к этой работе на своей третьей сессии, в ходе которой были обсуждены некоторые вопросы с целью определения основных элементов проекта типового закона 2/. На своей четвертой сессии 3/ Рабочая группа рассмотрела проекты статей, подготовленные секретариатом, а на своих пятой и шестой сессиях вновь рассмотрела, подготовила новую редакцию и пересмотрела тексты статей типового закона 4/. Рабочая группа на своей седьмой сессии рассмотрела сводный проект текста типового закона и одобрила после подготовки редакционной группой соответствующих вариантов текста на шести языках Комиссии проект типового закона, который содержится в приложении к настоящему докладу 5/.

2. Комиссия на своей семнадцатой сессии предложила Генеральному секретарю направить этот проект текста типового закона о международном торговом арбитраже всем правительствам и заинтересованным международным организациям для представления комментариев, а также предложила секретариату подготовить к восемнадцатой сессии Комиссии аналитический обзор полученных комментариев 6/. Настоящий доклад представляется в соответствии с этой просьбой Комиссии.

3. На 31 января 1985 года 7/ секретариат получил ответы от следующих государств и международных организаций:

Государства: Австрия, Аргентина, Буркина Фасо 8/, Венесуэла, Германии, Федеративная Республика, Германская Демократическая Республика, Индия, Италия, Катар, Кипр, Корейская Республика, Мексика, Норвегия, Польша, Соединенные Штаты, Союз Советских Социалистических Республик 9/, Финляндия, Чехословакия, Чили 8/, Швеция и Япония;

Международные организации 10/: Комиссия европейских сообществ (КЕС), Международная ассоциация юристов (МАЮ) 11/, Ассоциация международного права (АМП) 12/, Секретариат Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) и Организация Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО) 8/. (Эти акронимы используются в тексте настоящего доклада.)

4. Аналитический обзор составлен следующим образом: в первой части содержатся комментарии общего характера, во второй части - конкретные комментарии к отдельным статьям и в третьей части - комментарии к некоторым дополнительным пунктам, которые предстоит рассмотреть Комиссии. Комментарии, которые касаются главы или статьи в целом, представлены под рубрикой "Комментарии к главе в целом" или "Комментарии к статье в целом". Когда в комментариях содержится ссылка на сессию Рабочей группы по международной договорной практике (далее именуется как Рабочая группа), в обзоре приводится обозначение соответствующего доклада 13/.

5. В настоящем докладе не рассматриваются комментарии, которые касаются лишь редакционных и языковых вариантов текста типового закона. Такие комментарии будут представлены редакционной группе, заседания которой будут проходить одновременно с сессией Комиссии.

6. Во многих комментариях содержится ссылка на две международные конвенции, которые в настоящем обзоре обозначаются следующим образом:

Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Нью-Йорк, 10 июня 1958 года. (United Nations, Treaty Series, vol. 330, p. 38, No. 4739 (1959); ЮНСИТРАЛ, Регистр текстов конвенций и других актов по праву международной торговли, том II, глава I)	Нью-йоркская конвенция 1958 года

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже, Женева, 21 апреля 1961 года. (United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364, No. 7041 (1963-1964); ЮНСИТРАЛ, Регистр текстов конвенций и других актов по праву международной торговли, том II, глава I)

Женевская конвенция 1961 года

АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОБЗОР КОММЕНТАРИЕВ

A. Общие комментарии к проекту текста

1. Венесуэла, Италия, Польша, Соединенные Штаты и Федеративная Республика Германии выразили особую признательность Рабочей группе за проделанную работу. Все стороны, представившие замечания общего характера относительно значимости типового закона, заявили о его поддержке (Аргентина, Венесуэла, Германская Демократическая Республика, Германии, Федеративная Республика, Италия, Катар, Корейская Республика, Норвегия, Польша, Советский Союз, Соединенные Штаты, Финляндия, Швеция, Япония). Комментарии этих государств, а также причины, в силу которых проект получил их общее одобрение, можно резюмировать следующим образом:

Форма типового закона

a) Типовой закон следует рассматривать как значительное достижение в области унификации правил международного торгового арбитража (Аргентина). Типовой закон служит прочной основой для улучшения согласованности международных арбитражных процедур (Швеция).

b) Ряд стран (Норвегия, Польша, Соединенные Штаты, Финляндия, Япония) поддерживают мнение о возможности унификации в результате принятия типового закона, поскольку, как показывает практика, значительное число государств вряд ли охотно согласятся принять конвенцию, если в ней не будет предусмотрена возможность важных оговорок, которые принизили бы значимость конвенции как единообразного акта (Финляндия). Типовой закон рассматривается как один из подходящих способов развития международного торгового арбитража, выступая в качестве средства урегулирования споров, которому отдается предпочтение в области международных экономических отношений (Германская Демократическая Республика предлагает в то же время более конкретно отразить в типовом законе возможность согласования, с тем чтобы представлять случаи действующим постоянным арбитражным судам и использовать их нормы разбирательства).

c) В типовом законе нашел отражение реалистический подход к расхождениям между внутригосударственными законодательствами и различными действующими конвенциями по арбитражу (Польша).

d) Типовой закон поможет, в частности, выполнить задачу по согласованию, выступая в качестве lex specialis, который имел бы преимущественную силу над любыми другими внутригосударственными законодательствами, касающимися арбитража (Соединенные Штаты Америки).

Целесообразность типового закона

a) Типовой закон принесет пользу многим странам (Швеция); он окажет большую помощь не только странам, которые воспользуются результатами модернизации в этой области, но и странам, которые, возможно, впервые принимают арбитражные законы (Соединенные Штаты).

b) Типовой закон выступает в качестве одного из средств оказания помощи в кодификации международного торгового арбитража, в частности, государствам, которые пока еще не располагают соответствующими правовыми нормами (Германская Демократическая Республика, Федеративная Республика Германии); типовой закон, несомненно, принесет пользу значительному числу промышленно развитых стран, законодательство которых в этой области устарело и было вытеснено практикой современного международного торгового арбитража (Федеративная Республика Германии).

c) Типовой закон отвечает устремлениям международного сообщества и послужит достижению основополагающей цели, которая ставилась при разработке текста, - обеспечить возможность включения государствами, в частности развивающимися, типового закона в свои правовые системы (Венесуэла).

Приемлемость содержания

a) Типовой закон выступает, по-видимому, в качестве документа, воплощающего приемлемое регулирование международного торгового арбитража (Норвегия). Нынешний текст является в принципе приемлемым (Корейская Республика). Типовой закон с точки зрения его методики, систематики и содержания рассматривается в качестве значительного результата обсуждения в Рабочей группе (Италия).

b) Принимая во внимание, что типовой закон согласуется с Нью-йоркской конвенцией 1958 года и Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, он в основном приемлем (Япония).

c) Типовой закон основан на принципе соответствующего согласования интересов сторон во всех аспектах арбитражного разбирательства (Аргентина).

d) Типовой закон соответствует современным тенденциям в области международного торгового арбитража; практика, в соответствии с которой большинство положений не должны носить обязательный характер, а также принцип отказа, насколько это возможно, от судебного разбирательства заслуживают самой широкой поддержки (Финляндия).

e) Хотя при осуществлении многонациональной деятельности определенная степень компромисса является неизбежной, считается, что проект текста, который принят Рабочей группой, в целом отражает современную арбитражную практику и должен служить в качестве документа, призванного усовершенствовать и конкретизировать арбитражное рассмотрение международных торговых споров (Соединенные Штаты).

Приемлемость основополагающих принципов

a) Главные основополагающие принципы типового закона (т.е. предоставление стороне свободы выбора, равенство, завершенность, сопоставимость типового закона с Нью-йоркской конвенцией 1958 года, правила lex specialis) служат хорошей основой для международного урегулирования (Польша).

b) К преимуществам типового закона относится использование концепций и форм, заимствованных из международного законодательства, которое уже принято и общепризнанно, как, например, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ и Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Катар).

c) Все основные положения принципов международного арбитражного разбирательства, предлагаемые на обсуждение в типовом законе, являются приемлемыми; особенно важно, что в типовом законе предусмотрена широкая свобода выбора для стороны при арбитражном разбирательстве, и что контроль со стороны судебных органов ограничивается до уровня, который представляется необходимым для удовлетворения требований, предъявляемых к скорости и надежности разбирательства (Швеция).

d) Хотя Комиссии еще предстоит решить некоторые важные вопросы, типовой закон в целом одобрен, поскольку он обеспечивает комплексную процедурную структуру арбитражного рассмотрения споров, возникающих при заключении всевозможных международных торговых сделок. Типовой закон предоставляет стороне свободу выбора того или иного процессуального права, регулирующего арбитраж, в нем отражены принципы справедливого и равного обращения со сторонами, содержатся основные положения о ходе арбитражного разбирательства в тех случаях, когда стороны не сделали необходимые оговорки, в типовом законе соблюдены также основные принципы Нью-йоркской конвенции 1958 года и он согласуется в целом с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. При международном арбитражном разбирательстве, в котором участвуют стороны из различных стран или из стран с разными правовыми системами, представляется особенно важным обеспечить для сторон свободу согласования арбитражных процедур, которые наилучшим образом отвечали бы их конкретным потребностям. Типовой закон предоставляет такую свободу благодаря неуклонному соблюдению принципа самостоятельности стороны в вопросе выбора того или иного процессуального права, регулирующего арбитраж при рассмотрении конкретных случаев. Типовой закон устанавливает также необходимую сбалансированность в отношениях между арбитражем и судами. В целом роль судов состоит в оказании помощи при проведении арбитражного разбирательства, а не в том, чтобы вмешиваться в него. В типовом законе в целом предусматривается охрана основных положений о соблюдении процедуры в ходе судебного разбирательства, что является неотъемлемым для любой юридической системы. В типовом законе охраняется право каждой из сторон быть информированной о всех претензиях, доказательствах и аргументах, выдвинутых против нее, и получать соответствующую возможность представить на рассмотрение свои иски (Соединенные Штаты).

2. Советский Союз выражает мнение, что проект типового закона о международном торговом арбитраже служит хорошей основой для предстоящего обсуждения данного вопроса на восемнадцатой сессии Комиссии. Учитывая, что содержание проекта текста будет рассматриваться Комиссией по существу впервые, представляется целесообразным прежде всего обсудить и определить на сессии принципиальный подход в отношении проблем, от которых могло бы зависеть и формулирование конкретных правил, в том числе проблем, касающихся вмешательства суда в арбитражное производство, территориальных критериев применения текста, который предстоит принять, и его юридической формы (типовой закон или конвенция).

B. Конкретные комментарии по отдельным статьям

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения

Территориальная сфера применения [14]

1. Финляндия и Норвегия поддерживают мнение большинства членов Рабочей группы о том, что единственным фактором, определяющим применимость типового закона, должно быть место арбитража [15]. По мнению Финляндии, такой подход наилучшим образом соответствует практике большинства стран. Норвегия отмечает, что это мнение отражено в статье 36(I) (a) (iv), в которой содержится ссылка на "закон страны, в которой осуществлялся арбитраж". Эта сфера применения, которой должен быть посвящен отдельный пункт или статья типового закона, распространялась бы на большинство положений типового закона, в частности, перечисленные в главах III-VII, хотя некоторые положения типового закона предполагают более широкую, фактически глобальную сферу применения (например, статьи 8, 9, 35 и 36, а также - косвенно - статьи 1, 2, 4 и 7). Норвегия подчеркивает, однако, что вопрос территориальной сферы применения типового закона требует дополнительного тщательного изучения, в ходе которого необходимо будет учесть все различные аспекты и соответствующие вопросы.

2. Германская Демократическая Республика отмечает, что типовой закон не дает окончательного ответа на вопрос о возможности выбора процессуального права. Предполагается, что в типовой закон в соответствии с территориальным принципом не следует включать положение, освобождающее от ответственности, в соответствии с которым стороны могут препятствовать применению закона об арбитраже, действующему на соответствующей территории страны, отдав при этом предпочтение закону другого государства.

Типовой закон в качестве "lex specialis"

3. Соединенные Штаты предлагают отразить в тексте типового закона принцип lex specialis. Такая мера способствовала бы также формированию ясного представления о существовании специальных аспектов арбитража, которые не регламентируются типовым законом. К таким аспектам относятся, в частности, определения подсудности арбитражу, компетенция сторон заключать арбитражное соглашение, концепции суверенного иммунитета, объединение арбитражных разбирательств, приведение в исполнение обеспечительных мер охраны, предоставляемых арбитрами, а также вид приведения в исполнение арбитражных решений. Включение соответствующей формулировки в статью I(I) о том, что типовой закон не является замкнутой и самостоятельной системой, также содействовало бы разъяснению сферы применения статьи 5, в которой говорится об объеме вмешательства суда.

Зависимость типового закона от международного договорного права

4. Советский Союз предлагает уточнить редакцию пункта I, заменив формулировку "при условии соблюдения любого многостороннего или двустороннего соглашения, которое действует в данном государстве" (т.е. в государстве, принимающем настоящий типовой закон), на "при условии соблюдения любого международного многостороннего или двустороннего договора, стороной которого является данное государство".

5. По мнению КЕС, представляется целесообразным прокомментировать пункт I этой статьи, в частности формулировку "при условии соблюдения любого многостороннего или двустороннего соглашения, которое действует в данном государстве". Представляется весьма важным включить в текст упоминание о том, что принятие типового закона государством, которое может стать участником будущей Ломейской конвенции, не приведет к изменению положений этой Конвенции, касающихся арбитража.

Основная сфера применения: "международный торговый арбитраж"

6. Согласно предположению Норвегии, государство, принимая типовой закон, вправе расширить его сферу с целью охвата национального и неторгового арбитража в дополнение к международному торговому арбитражу. Исходя из этого предположения, Норвегия согласна ограничить сферу применения типового закона сферой международного торгового арбитража.

7. Швеция ставит под сомнение подход, в соответствии с которым типовой закон будет ограничен сферой международного торгового арбитража. Такие государства,как Швеция, отмечает она, которые уже располагают прекрасно функционирующим арбитражным законодательством, могут поставить под сомнение необходимость введения дополнительного законодательства, основанного на типовом законе. Учитывая возможный довод о том, что этим государствам была бы предоставлена свобода принятия законодательства, основанного на типовом законе, которое распространялось бы также на чисто национальные и неторговые арбитражи, Швеция указывает на возможную опасность отказа таких государств использовать типовой закон в качестве основы для изменения своего внутреннего законодательства или на возможность лишь частичного его использования. Это отрицательно скажется на выполнении задачи по согласованию.

8. Аргентина отмечает, что формулировку "настоящий закон применяется к международному торговому арбитражу" следует рассматривать как достаточно гибкий и соответствующий торговому характеру международного арбитража критерий.

9. Советский Союз, отмечая, что в соответствии с пунктом 2 типовой закон может применяться к арбитражу между сторонами, осуществляющими свою коммерческую деятельность в одном государстве, указывает, что текст пункта 2 можно было бы истолковать как оказание содействия сторонам в передаче в арбитраж любых споров между контрагентами из данного государства, даже если по действующему в этом государстве законодательству эти споры отнесены к исключительной компетенции судебных, административных или иных органов. Такое толкование означало бы фактически признание возможностей для сторон обходить нормы, касающиеся споров, подлежащих рассмотрению в арбитражном порядке. Поэтому предлагается оговорить в статье I, что типовой закон не затрагивает действия законодательства данного государства, в силу которого определенные категории споров отнесены к исключительной компетенции судебных или иных органов. В этой связи отмечается, что в Нью-йоркской конвенции 1958 года данная проблема в целом решена в пункте I статьи II и что, хотя аналогичное последствие можно было бы, по-видимому, косвенно вывести из подпункта (b)(i) пункта 2 статьи 34 типового закона, тем не менее представляется целесообразным дать ясный ответ на этот вопрос в тексте статьи I.

I0. В общем комментарии Соединенных Штатов указывается на особую важность соответствующего определения терминов "торговый" и "международный", поскольку степень полезности типового закона будет зависеть от формулировки, которая обеспечит, ликвидировав ненужную полемику, применение закона в отношении деловых сделок, которые, несмотря на их осуществление в конкретной стране, затрагивают интересы международной торговли.

a) "Арбитраж"

II. Польша согласна с подходом, в соответствии с которым в тексте типового закона не следует давать определение термина "арбитраж", и выражает свое мнение, что такой подход свидетельствует о том, что типовой закон распространяется на специальные арбитражи, равно как и на арбитражи, проводимые постоянным арбитражным учреждением, независимо от степени "институционализации".

b) "Торговый"

I2. Мексика и ЮНКТАД предлагают ограничить сферу термина "торговый". ЮНКТАД отмечает, что термин "торговый" можно толковать как предоставление возможности одной из сторон передавать для арбитражного разбирательства вопросы, которые относятся к компетенции правительств и затрагивают вопросы публичного права и, таким образом, не подлежат арбитражному разбирательству. Отмечается, что фраза, содержащаяся в тексте сноски, о том, что термин "торговый" следует толковать широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, способна ввести в заблуждение сторону, которая, например, сочтет возможным проведение арбитражного разбирательства в отношении практики, которая может быть запрещена законом одной из сторон. В конкретных комментариях, представленных Мексикой, указывается, каким образом ограничить сферу применения типового закона. Во-первых, она предлагает исключить случаи прямого внешнего инвестирования, которые в Мексике рассматриваются специальным законодательством. Во-вторых, она отмечает, что финансовые сделки, заключаемые мексиканским правительством непосредственно или на основании гарантии, составляют часть государственного долга и также не должны передаваться на международное арбитражное разбирательство. В-третьих, отмечается, что в области международного движения капитала мексиканский закон проводит разграничение между сделками финансового характера, которые не подлежат международному разбирательству, и сделками торгового характера. Представляя эти комментарии, Мексика отмечает, что она представила аналогичные комментарии тринадцатой сессии Генеральной ассамблеи Организации американских государств в ноябре 1983 года, которая обсудила проект конвенции, аналогичный по своему содержанию типовому закону и содержащий положение, аналогичное комментируемому в настоящем документе.

13. Хотя Япония не возражает против формулировки, касающейся толкования термина "торговый" в сноске к статье I, и против предложения, содержащегося также в этой формулировке, о том, что этот термин следует толковать широко, она считает, что нет необходимости в термине "торговый" на этапе, когда типовой закон станет составной частью внутригосударственного закона. В этом случае достаточно будет лишь разъяснения о том, что этот закон касается лишь споров частного характера.

14. Федеративная Республика Германии и Соединенные Штаты отмечают необходимость ясно отразить в тексте проекта, что типовой закон применяется независимо от того, являются ли стороны коммерсантами. Федеративная Республика Германии, отмечая, что такое разъяснение содержалось в предыдущем проекте и было исключено Рабочей группой 16/, предлагает восстановить его в следующей редакции, сократив в формулировке по сравнению с нынешним текстом перечень примеров торговых сделок:

> "Арбитраж является торговым, если проблема арбитража носит в широком смысле торговый характер, независимо от того, являются ли стороны "коммерсантами" (торговцами) в рамках любого национального законодательства или нет, например, любая сделка о поставке товаров или обмене ими, факторные операции, лизинг, строительство промышленных объектов, финансирование, банковские услуги, страхование, перевозка товаров или пассажиров ... и т.д.".

Соединенные Штаты предлагают добавить в конце первого предложения существующего текста следующие слова: "независимо от происхождения или характера сторон".

15. Некоторые из приславших комментарии предлагают расширить толкование термина "торговый", сделав его более емким или более ясным. Чехословакия предлагает добавить слова "договоры на проведение контроля с целью проверки количества или качества товаров". Германская Демократическая Республика предлагает дополнить фразу о перевозке товаров морем ссылкой на типичные случаи, касающиеся морского права, а в связи с вопросом о четкости определений затрагивает вопрос о том, насколько четко в нынешнем тексте отражено, что торговые отношения могут носить договорный или недоговорный характер. Соединенные Штаты предлагают добавить в конце второго предложения после слова "товаров" слова "или услуг".

16. Швеция заявляет, что толкование термина "торговый" может вызвать трудности и что этот термин, в случае его сохранения следует толковать максимально широко.

17. Федеративная Республика Германии, Польша, Швеция и Соединенные Штаты указывают на возможность различного толкования термина "торговый", в частности учитывая, что формулировка приводится в сноске и, по-видимому, ее значимость и воздействие будут различными в разных правовых системах. В связи с этим Федеративная Республика Германии,Швеция, Соединенные Штаты предлагают включить текст сноски в основной текст типового закона. В качестве подтверждения этого предложения Соединенные Штаты указывают на имевшие место в прошлом трудности в связи с узким толкованием термина "торговый" в некоторых странах, а также на важность предоставления разъяснений в отношении этого толкования.

c) "Международный"

Границы и надежность проверки международности

18. По мнению Индии, Норвегии, Польши, Соединенных Штатов и МАЮ, задача состоит в том, чтобы обеспечить большую четкость и определенность охвата понятия "международный". Весьма важно, как указывают Соединенные Штаты и МАЮ, чтобы стороны с самого начала знали, будет ли арбитраж руководствоваться типовым законом или некоторыми другими нормами, если это государство располагает такими другими нормами в отношении внутригосударственного арбитража. Соединенные Штаты и МАЮ предлагают пересмотреть предложение, обсуждавшееся на пятой, шестой и седьмой сессиях Рабочей группы, в соответствии с которым нынешнюю концепцию следует сочетать с согласием сторон определять арбитраж в качестве международного 17/. Соединенные Штаты обращают внимание на широкое разнообразие форм осуществления международной торговли. Одной из форм является, например, открытие корпорацией, которая осуществляет коммерческую деятельность в другой стране, своего представительства в этой стране. Высказывается практическое предложение считать, что сделка носит международный характер, независимо от того, является ли это представительство основным предприятием или его отделением, созданным в соответствии с местным законодательством. Считается, что в этом случае договоры, заключаемые представительством, образованным по примеру корпорации, подпадают под определение подпункта (c), поскольку эти договоры касаются более чем одного государства. Однако, чтобы

ликвидировать все сомнения и избежать последующего обсуждения этого вопроса, Соединенные Штаты предлагают новое дополнение к подпункту (c), в котором предусматривалось бы, что, если стороны арбитражного соглашения зафиксировали в контракте, что он затрагивает интересы более чем одного государства, они, таким образом, не могут отрицать этого факта в дальнейшем. Если положение подпункта c) распространяется на договор, сторонам не нужно включать такую формулировку в их контракт, однако, если они все же включили такую формулировку, сторона не имеет права впоследствии оспаривать, что контракт не был "международным" в том смысле, как он трактуется в типовом законе.

I9. Япония заявляет о приемлемости определения термина "международный".

20. Исходя из предположения о возможности существования национальных норм, отличных от типового закона в отношении национального или неторгового арбитража, Норвегия высказывает предположение, что типовой закон не должен препятствовать достижению согласия между сторонами о том, что арбитраж будет проводиться в соответствии с такими нормами, даже если их отношения носят международный и торговый характер. Кроме того, учитывая нечеткость критериев определения международного и торгового арбитража, стороны арбитражного соглашения, возможно, пожелают включить в текст арбитражного соглашения положения, предусматривающие возможность выбора арбитражного законодательства. Поэтому Норвегия предлагает включить новое положение в статью I, позволяющее сторонам предусмотреть в том, что касается территориальной сферы применения типового закона, применение типового закона или другого законодательства.

Коммерческие предприятия сторон арбитражного соглашения в различных государствах (статья I, пункт 2(a))

21. Швеция указывает на возможные трудности, связанные с толкованием термина "международный", и на необходимость как можно более широкого толкования этого термина в случае его сохранения. Таким образом, спор следует считать международным даже в случае его возникновения при осуществлении деятельности сторонами, которые имеют свои коммерческие предприятия в одном государстве, если одна из сторон является дочерней компанией зарубежной компании, и что в соответствии с нынешней формулировкой пункта 2 (a) и (b) такой спор не будет считаться международным. Предлагается исключить пункт 3 и изменить пункт 2(a), сформулировав его таким образом, что арбитраж считался бы международным, даже если бы стороны имели свои коммерческие предприятия в различных государствах.

Места, помимо тех, в которых располагаются коммерческие предприятия, которые определяют международный характер арбитража (статья I, пункт 2(b))

22. Чехословакия предлагает исключить из текста пункт 2(b), чтобы избежать разбирательства споров между сторонами одного государства международным арбитражем.

23. Федеративная Республика Германии, отмечая, что Рабочая группа на своей последней сессии постановила включить в пункт 2 (b) (i) фразу "или вытекает из него" I8/, задает вопрос относительно того, имеет ли эта фраза непосредственное отношение к возможности, предусмотренной в статье 20(I), в которой говорится, что место арбитража при отсутствии договоренности между сторонами определяется арбитражным судом. В этом случае арбитражному суду была бы предоставлена возможность превращать в международное арбитражное разбирательство рассмотрения,которые таковыми не являются, исключительно на основании определения места арбитража. По мнению Федеративной Республики Германии, при этом преследуется другая цель; выражение "или вытекает из него" следует, по-видимому, толковать как означающее, что, даже если в арбитражном соглашении отсутствует четкое указание места арбитража, тем не менее место арбитража, приемлемое для сторон, можно определить на основании содержания соглашения.

24. Федеративная Республика Германии отмечает, что "значительную часть обязательств, вытекающих из торговых отношений, о которых говорится в пункте 2(b) (ii), не следует связывать с предметом спора или даже делать предметом арбитражного соглашения; международный характер арбитража должен зависеть исключительно от проверки на практике условий, предусмотренных во второй части пункта 2(b) (ii), т.е. от связи между предметом спора и местом арбитража за пределами государства, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия. Поэтому, учитывая, что другие положения статьи I(2), по-видимому, гарантируют применимость типового закона практически к любому спору, касающемуся любого рода международных отношений, предлагается исключить первую часть предложения в пункте 2(b) (ii).

Еще одно свидетельство международного характера арбитража (статья I, пункт 2(c))

25. Соединенные Штаты придерживаются мнения,что положения пункта 2(c) помогают сформулировать широкое и всеобъемлющее определение. Отмечается, что фраза "предмет ... связан с более чем одним государством", содержащаяся в этом пункте, вряд ли непосредственно касается самого государства, например его правительства. Соединенные Штаты, считая необходимым разъяснить, что это положение касается также интересов частных предпринимателей в государстве, рекомендуют изменить формулировку этого пункта на следующую: "предмет ... связан с торговыми интересами более чем в одном государстве".

26. Польша придерживается того мнения, что формулировка пункта 2(c) носит слишком общий характер и может привести к различным толкованиям. Поэтому предлагается заменить это положение более точным.

Определение коммерческого предприятия (статья I, пункт 3)

27. Кипр предлагает опустить слово "соответствующим" в пункте 3. Он отмечает, что согласно пункту 2(a) арбитраж является "международным", если стороны арбитражного соглашения в момент заключения этого соглашения имеют "свои коммерческие предприятия" в различных государствах; таким образом, если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, то для целей пункта 2 "коммерческим предприятием", а не соответствующим коммерческим предприятием считается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению.

28. Федеративная Республика Германии предлагает опустить слово "постоянное" во втором предложении пункта 3. В связи с ее предложением (как отмечалось в пункте I4, выше) о том, что типовой закон следует применять как к предпринимателям, так и к непредпринимателям, эта страна далее предлагает, чтобы в принципе "местожительство" имело то же самое значение, что и "коммерческое предприятие". Выражаясь точнее, придется включать ссылку на местожительство всякий раз, когда в пункте 2 упоминается коммерческое предприятие. Однако во избежание повторных ссылок должно быть общее положение, уравнивающее оба термина; отмечается, что настоящая формулировка второго предложения пункта 3, выражающая подобное равенство между коммерческим предприятием и местожительством, не может быть приемлемой, поскольку ее можно истолковать как относящуюся лишь к случаю, определенному в первом предложении пункта 3, то есть к случаю, когда сторона имеет более одного коммерческого предприятия или местожительства. Предлагается следующая формулировка пункта 3:

> "Для целей пункта 2 настоящей статьи, если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее местожительство. Если сторона имеет более одного коммерческого предприятия или местожительства, соответствующим коммерческим предприятием или местожительством считается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению".

29. Как отмечалось в пункте 2I, выше, Швеция предлагает опустить пункт 3 в связи с ее предложением об изменении пункта 2(a).

Статья 2. Определения и правила толкования

Статья 2, подпункт (a)

I. Чехословакия предлагает, чтобы в тексте этого подпункта указывалось, что стороны могут передать спор в постоянное арбитражное учреждение или в специальный арбитражный суд.

Статья 2, подпункт (b)

2. Кипр считает, что определение слова "суд" шире, чем оно должно быть, поскольку оно распространяется на учреждения или органы, которые не являются судами или судебными инстанциями. Эта страна предлагает определение, в соответствии с которым слово "суд" будет означать учреждение или орган, являющийся судом по законодательству страны.

Статья 2, подпункт (c)

3. Кипр заявляет, что значение слова "учреждение" в подпункте (c) ограничено и что составители проекта, возможно, хотели включить сюда любую ассоциацию лиц.

Статья 2, подпункт (e)

4. Чехословакия предлагает добавить следующий текст в конце первого предложения подпункта (e): "в таком случае достаточно отправки почтой заказного письма".

5. Германская Демократическая Республика предлагает уточнить, что последнее известное местонахождение коммерческого предприятия, его постоянное местожительство или почтовый адрес являются последними известными для отправителя.

6. Норвегия отмечает, что, согласно подпункту (e), письменное сообщение в некоторых случаях будет считаться полученным, если оно доставлено на последнее известное коммерческое предприятие адресата, по его постоянному местожительству или почтовому адресу даже, если это сообщение так и не было получено адресатом. Такое положение признается необходимым, но в то же время отмечается, что статьи II(3)(a), II(4) (a) и 25 создают возможность вынесения арбитражного решения в отношении ответчика, который не был уведомлен о судебном разбирательстве. С учетом этих замечаний предлагается, чтобы ответчику предоставлялось право регресса или обжалования, которое можно было бы осуществлять в таких случаях, или чтобы ответчику разрешалось оспаривать арбитражное решение по конкретному делу в качестве возражения на иск о признании или приведении в исполнение арбитражных решений. По мнению Норвегии, эти вопросы требуют более тщательного рассмотрения.

Предлагаемые дополнения к статье 2

7. Замечания, содержащие предложения в отношении дополнительных определений для включения в статью 2 или какую-либо другую статью, содержатся в части C (Замечания по дополнительным пунктам), пункты 1-7.

Статья 4. Отказ от права на возражение

1. Кипр заявляет, что, согласно редакции этой статьи, отказ от права на возражение ограничен несоблюдением требования по арбитражному соглашению, хотя, по всей видимости, его хотели довести до такой стадии, когда невозможно отступать от любого положения настоящего закона, от которого сторона может отступать, и об этом она знает или должна знать.

2. Индия и Швеция считают, что правило об отказе, содержащееся в настоящей статье, не следует ограничивать несоблюдением необязательных положений настоящего типового закона. Швеция, например, отмечает, что вряд ли целесообразно разрешать стороне, принимающей участие в арбитражном разбирательстве без возражений против недостатка в форме арбитражного соглашения, выдвигать подобное возражение на более поздней стадии, когда в отношении этой стороны принимается арбитражное решение.

3. Швеция, соглашаясь с принятым Рабочей группой мнением о том, что желательно отразить необязательный характер во всех положениях окончательного варианта текста, которым придается смысл необязательных положений 19/, предполагает, что вряд ли возможно определить в полной мере в типовом законе такой характер в отношении каждого правила. По мнению Швеции, существуют правила в арбитражном процессе, от которых стороны не должны иметь права отступать до начала или до определенного этапа арбитражного разбирательства, или должны иметь право поступать таким образом лишь в особых обстоятельствах, хотя на более позднем этапе стороны должны получить право на отступление. Вследствие этого, Швеция предлагает, чтобы в определенной мере решение вопроса о том, является ли то или иное положение типового закона обязательным или необязательным было оставлено за арбитражным трибуналом или судом.

4. Польша поддерживает ограничения правила об отказе несоблюдением правил необязательного характера; однако для удобства применения этого правила представляется полезным провести более четкое разграничение между обязательными и необязательными положениями типового закона.

5. По мнению Финляндии, следует уточнить, что это правило имеет силу не только в ходе арбитражного разбирательства, но также и в период после принятия арбитражного решения, то есть при отмене и признании или приведении в исполнение арбитражного решения. Япония высказывает аналогичное мнение о том, что действие отказа от права на возражение (согласно статье 4), должно распространяться на последующее судебное разбирательство.

6. ЮНКТАД считает, что выражение "без промедления" может привести к двоякому пониманию или к различным толкованиям временных рамок для заявления возражения.

Статья 5. Объем вмешательства суда

I. Норвегия решительно поддерживает принцип о том, что типовой закон сам конкретно и детально указывает на случаи, когда допускается вмешательство судов. Кроме этого, важно ограничить возможность вмешательства судов до минимума.

2. Корейская Республика указывает, что формулировка этой статьи слишком узкая в том смысле, что она не охватывает те вопросы международного торгового арбитража, которые не регулируются типовым законом. Предлагается расширить сферу действия статьи, изменив ее следующим образом:

"Статья 5. Сотрудничество Суда

I) Суд должен расширять сотрудничество для арбитражного разбирательства в соответствии с положениями настоящего Закона.

2) Если арбитражный суд не способен осуществлять действие, которое он считает необходимым для арбитража, то Суд может расширить сотрудничество по просьбе арбитражного суда в соответствии с положениями Гражданского процессуального кодекса, внеся необходимые изменения (mutatis mutandis)".

Статья 6. Суд для выполнения определенных вспомогательных функций и функции надзора в отношении арбитража

Замечания, касающиеся юрисдикции суда

I. Италия ставит вопрос о том, как определить, по крайней мере в том, что касается случаев, регулируемых статьями II(3), II(4) и I3(3), страну, имеющую компетентные суды, где стороны не пришли к соглашению о месте арбитража. Италия предлагает рассмотреть решение, аналогичное тому, которое содержится в статье 8I0(2) итальянского Гражданского процессуального кодекса, предусматривающего компетентность суда того места, где было заключено арбитражное соглашение или договор, содержащий арбитражную оговорку.

2. Польша поддерживает идею об уточнении в статье 6 компетенции государственного суда в том, что касается определенных вспомогательных функций и функции надзора в отношении арбитража. Однако отмечается, что статья 6 не определяет компетенцию государственных судов в вопросах, не регулируемых типовым законом; к подобным вопросам Польша относит следующие: подсудность арбитражу, способность сторон заключать арбитражное соглашение, иммунитет иностранных государств от юрисдикции, компетентность арбитражного суда приспосабливать договоры к изменившимся обстоятельствам, определение пошлин для арбитров или депозитов на издержки. Считается, что при ограничении сферы действия статьи 6 лишь вопросами, подпадающими под действие настоящего типового закона, эффективность этой статьи существенно снижается.

3. Катар считает, что статью 6 можно истолковать как статью, предоставляющую первоначальную юрисдикцию первой инстанции суду, конкретно указанному в настоящей статье, и что она может побудить стороны выбрать такой государственный закон, который они считают для себя выгодным, путем достижения согласия в отношении суда этого государства, даже если последнее не связано с предметом арбитража. Во избежание этих нежелательных "происков суда" Катар предлагает следующую формулировку вступительной части статьи:

"В случае, если устанавливается международно-правовая юрисдикция судов этого государства, суд, обладающий юрисдикцией для выполнения функций, указанных в ...".

4. Швеция считает, что было бы полезным внести ясность относительно того, подразумевает ли статья 6, что в каждом государстве компетентным считается один единственный суд или может ли государство решать, например, что компетентным судом является суд, находящийся в том месте, которое является местожительством одной из сторон. Другим вопросом, требующим разъяснения, является вопрос о том, существует ли право регресса в отношении решения суда о заявлении об отмене арбитражного решения, согласно статье 34.

5. Что касается всех функций суда, указанных в статье 6 (Германская Демократическая Республика), или функций, указанных в статьях II, I3 и I4 (Советский Союз), то предлагается уточнить, определяет ли место арбитража юрисдикцию суда, оговоренную в статье 6, или она определяется, например, судом в стране истца или в стране ответчика. Советский Союз

отмечает, что в отличие от статей 27(I) и 34(I) здесь не предусматривается никаких конкретных территориальных или иных критериев в отношении юрисдикции органа, определяемого в статье 6, в отличие от весьма общего положения статьи I о сфере применения типового закона; в результате весьма вероятна ситуация, когда стороны могут обратиться, например, для назначения арбитра в суды различных государств, оба из которых приняли типовой закон, и когда каждый может считать себя компетентным сделать назначение. Ввиду того, что подобная возможность конкуренции юрисдикций осложнит функционирование международного торгового арбитража, Советский Союз предлагает, чтобы при выдвижении конкретных критериев компетенции органа, назначаемого выполнять функции согласно статьям II, I3 и I4, внимание уделялось, например, случаю, когда по соглашению сторон арбитраж подлежит проведению на основании типового закона, или случаю, когда арбитраж подлежит проведению на территории государства, принявшего этот типовой закон, и между сторонами нет соглашения о подчинении арбитража закону другого государства.

6. Чехословакия предлагает, чтобы в статье 20 предусматривалось, что место арбитража является решающим для определения суда, обладающего юрисдикцией выполнять вспомогательные функции и функции надзора в отношении арбитража и отменять арбитражное решение.

Замечания, относящиеся к назначению органов, наделенных вспомогательными функциями и функцией надзора

7. Мексика отмечает, что суд, указанный в статье 6, является одним из судов, определенных в статье 2(b), и что в типовом законе (например, в статье 9) имеется ссылка на другие суды, которые могут отличаться от суда, определенного в статье 6. Предлагается, чтобы такое отличие было четко отражено в статье 6.

8. Япония предлагает, чтобы определение суда, которому надлежит выполнять вспомогательные функции и функцию надзора в отношении арбитража, оставлялось на усмотрение каждого государства. Национальное законодательство может предусмотреть, например, что судом, выполняющим подобные функции, должен быть суд по месту арбитража. Кроме этого, такому суду совсем не обязательно следует выполнять различные функции, перечисленные в статье 6.

9. Советский Союз ставит вопрос о том, обязательно ли приписывать во всех случаях вспомогательные функции и функцию надзора в отношении арбитража юридическим органам, исключая, таким образом, органы, не являющиеся частью судебной системы страны. Отмечается, что не во всех странах подобные функции приписываются исключительно судебным органам и что с точки зрения практики создается впечатление, что суд не обязательно является самым приемлемым органом для наиболее эффективного назначения арбитра по сравнению, например, с торговой палатой, которая находится в этом плане в лучшем положении, поскольку здесь речь идет о международных деловых связях. Несмотря на то, что в случае отвода арбитра или прекращения срока действия его мандата, могут применяться соображения иного порядка, предполагается, что окажется невозможным считать судебную процедуру наиболее приемлемой для этих целей, особенно если учесть, что судебное разбирательство основано на волеизъявлении сторон. Там, где государство законным порядком наделяет функциями, о которых говорится в статьях II, I3 и I4, какой-либо орган, помимо государственного суда, государство должно гарантировать соответствующее выполнение этих функций. Таким образом, предлагается предоставить государствам, принимающим типовой закон, более широкий выбор в наделении функциями, упомянутыми в статье 6, "суд или иной компетентный орган", а не только суд.

ГЛАВА II. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения

Статья в целом

I. Что касается случаев, когда стороны используют постоянное арбитражное учреждение, которое занимается арбитражем в соответствии с его правилами процедуры, то Федеративная Республика Германии предлагает внести ясность в то, чтобы эти правила процедуры предшествовали соответствующим положениям типового закона, если то или иное правило не вступает в противоречие с обязательным положением типового закона, когда это обязательное положение становится основным.

2. Норвегия, поднимая вопрос о том, является ли арбитражное соглашение обязательным в отношении имущества в случае банкротства или аналогичной ситуации, возникающей вследствие неплатежеспособности, предполагает, что в типовом законе не предусматривалось рассмотрение этого вопроса и что ответ будет зависеть от правовой системы того места, где происходит такое банкротство или аналогичное явление.

3. Польша, одобряя положения статьи 7, отмечает, что типовой закон не регулирует случаи, когда договор заключается путем обмена документами в печатном виде, содержащими различные арбитражные оговорки (так называемое "противоборство документов"). Во избежание неопределенности в таких случаях Польша предлагает включить в типовой закон положение, придающее законную силу арбитражным оговоркам, предложенным сторонами, в том, что касается совпадающих аспектов этих оговорок. Как правило, из обеих оговорок следует, что любой спор должен быть решен арбитражным судом, за исключением государственных судов. Предлагается, чтобы в таких случаях вопросы, по которым стороны не пришли к согласию, регулировались типовым законом.

Статья 7, пункт 2

4. Соединенные Штаты поддерживают положения статьи 7, в частности, определение, предусматривающее, что "соглашение считается соглашением в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или в обмене письмами, телексами, телеграммами или иными средствами телесообщений, которые регистрируют соглашение", и считают, что это определение достаточно гибкое для принятия во внимание разнообразных способов ведения дела при осуществлении различных торговых операций и использовании современных средств связи в настоящее время и в будущем. Соединенные Штаты толкуют слова "иные средства телесообщений" как включающие все виды электронной и вычислительной техники, с помощью которой производятся записи в письменной форме. Хотя Соединенные Штаты отметили, что формулировка проекта текста не идентична определению, данному в Нью-йоркской конвенции 1958 года, они считают, что эта формулировка соответствует этой Конвенции и отражает ее цель.

5. Норвегия, отмечая, что в пункте 2 настоящей статьи предлагается не признавать в качестве обязательной арбитражную оговорку в договоре, содержащемся в документе, подписанном лишь одной из сторон, подчеркивает, что арбитражные оговорки зачастую представлены в форме коносаментов, которые, как правило, не подписываются грузоотправителем. Тем не менее подобные оговорки обычно считаются обязательными для грузоотправителя и последующих держателей коносамента, несмотря на то, что положение несколько осложняется, если коносамент в целом соответствует условиям, изложенным в чартере [например, статья 22(2) Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года (Гамбургские правила) 20/]. Предлагается, чтобы некоторые, но не все подобные случаи, когда достаточно подписи одной из сторон, подпадали под действие общего положения статьи 1(1) типового закона, предусматривающего, что типовой закон применим к любому многостороннему или двустороннему соглашению. Тем не менее Норвегия предлагает добавить следующее предложение в конце пункта 2:

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

6. Аргентина придерживается мнения, что последнее предложение пункта 2, в соответствии с которым ссылка на документ, содержащий арбитражную оговорку, должна быть такой, чтобы эта оговорка стала частью договора, должно содержать требование или по крайней мере толковаться как содержащее требование о том, чтобы сторона, в отношении которой делается арбитражная оговорка, знала, или о том, что она должна знать о включении этой оговорки в договор. Цель такого требования или толкования состоит в защите стороны от применения арбитражной оговорки, не являющейся обычной в конкретной торговой операции, если нельзя было предположить, что эта сторона знала о содержании документа, на который делается ссылка.

7. ЮНКТАД выражает обеспокоенность в связи с тем, что пункт 2 настоящей статьи может привести на практике к трудностям, потому что он дает возможность включать арбитражную оговорку в договор путем ссылки на документ, содержащий эту оговорку.

8. Австрия считает, что в пункт 2 можно было бы включить положение, в соответствии с которым арбитражная оговорка, предусматривающая решение спора арбитражным судом товарной биржи, также имеет законную силу, если договор (письмо), содержащий арбитражную оговорку, не отклоняется.

9. Корейская Республика предлагает новую редакцию второго предложения пункта 2 в следующем виде:

"Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, как часть договора, является арбитражным соглашением в том случае, когда договор заключен в письменной форме".

Статья 8. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде

1. Аргентина одобряет принцип, содержащийся в статье 8(2) и предусматривающий, что суд не должен вмешиваться в процедуру или существо арбитража.

2. Кипр считает, что вопрос, находящийся на рассмотрении суда, согласно пункту 1, не является "вопросом о его компетенции", и пункт 2 следует соответствующим образом перефразировать.

3. Чехословакия предлагает добавить в конце пункта 2 предложение о том, что арбитражный суд может принять решение по существу спора лишь после того, как решение суда, занимающегося вопросом о его юрисдикции, станет окончательным.

4. Италия отмечает, что эта статья предусматривает появление в суде ответчика и что отсутствует положение для случая, когда ответчик не отреагировал на иск, представленный в суд. Во избежание принуждения стороны терпеть убытки, связанные с ее появлением в суде (там, где речь идет о появлении в суде иностранного государства), даже при наличии простой тактики проволочек ответчика, представляется целесообразным, чтобы в случае неявки стороны в суд, суд мог представить заявление о своей некомпетентности.

5. Швеция отмечает, что, согласно ее законодательству, суд в тех случаях, когда речь идет о вопросе, являющемся предметом арбитражного соглашения, не направляет стороны на арбитраж, а просто прекращает рассмотрение дела. Представляется целесообразным дополнить статью 8(1), с тем чтобы учесть также и эту возможность.

6. Советский Союз отмечает следующее несоответствие между статьей 8 и статьей 16(3) проекта. С одной стороны, суд, упомянутый в статье 8(1), вправе определять действительность арбитражного соглашения, даже если иск предъявлен в суд уже после возбуждения арбитражного производства и даже если арбитражный суд тем временем признал свою юрисдикцию, поскольку статья 8(2) позволяет арбитражному суду продолжить уже начатое арбитражное производство "до рассмотрения судом вопроса о его компетенции". С другой стороны, согласно статье 16(3), признание арбитражным судом своей юрисдикции может быть оспорено любой стороной только по иску об отмене арбитражного решения. Несоответствие возникает в том случае, когда арбитражный суд признал свою юрисдикцию, но еще не вынес арбитражного решения, а одна из сторон тем не менее обращается с иском в суд; в таком случае проблема состоит в том, следует ли отдать предпочтение статье 8, предоставляющей суду полномочия принимать решение о компетенции арбитражного суда, или статье 16(3), в соответствии с которой признание арбитражным судом своей юрисдикции может быть оспорено только по иску об отмене арбитражного решения. Кроме этого, в том случае, когда сторона, несмотря на наличие арбитражного соглашения, предъявила иск в суде, но не после, а до того, как было начато арбитражное разбирательство, появляется возможность толкования a contrario, предусматривающего, что сторона не может обратиться в арбитраж в период рассмотрения судом вопроса о действительности арбитражного соглашения, поскольку пункт 2 статьи 8 говорит только о продолжении арбитражного производства, которое "уже начато" до предъявления иска в суде. С учетом этих замечаний и с учетом необходимости обеспечить эффективность международного торгового арбитража Советский Союз предлагает заменить настоящий пункт 2 этой статьи двумя новыми правилами. Одно из них должно предусматривать, что обращение одной из сторон с иском в суд не мешает другой стороне начать арбитражное производство в период рассмотрения в арбитражном суде вопроса о юрисдикции арбитров. Другое правило должно предусматривать, что если арбитражное производство уже было начато, суд должен отложить разрешение вопроса о юрисдикции арбитражного суда до выяснения арбитражного решения (приводится ссылка на статью VI(3) Женевской конвенции 1961 года). По мнению Советского Союза, приняв два вышеупомянутых положения, можно было бы опустить последнее положение статьи 16(3) как излишнее.

7. Корейская Республика предлагает поместить текст статьи 8, поскольку в ней фактически речь идет о начале или продолжении арбитражного производства, а также текст статьи 9 после статьи 21, то есть сделать их статьями 21-бис и 21-тер.

Статья 9. Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда

I. Соединенные Штаты поддерживают основную линию, проводимую в этой статье, а также мнение Рабочей группы о том, что круг мер, охватываемых статьей 9, был широким и включал, в частности, обеспечительный арест до вынесения решения 21/. Соединенные Штаты считают, что широкий круг обеспечительных мер позволил, согласно этой статье, включить не только сохранение товаров, но и при соответствующих обстоятельствах - хранение коммерческой тайны и сохранность патентованной информации, поскольку это является соответствующим предметом предварительного освобождения от ответственности, предоставляемого судом. Это особенно целесообразно ввиду постоянно усложняющегося характера международных коммерческих операций, вызывающих арбитражные споры, которые ведутся в настоящее время по широкому кругу вопросов, начиная с торговых договоров и кончая наиболее сложными долгосрочными соглашениями. Это также позволяет принять меры для сохранения документов или других свидетельств, способных оказать помощь арбитражному суду в принятии справедливого решения.

2. Федеративная Республика Германии отмечает, что ее делегация в Рабочей группе отстаивала упоминание о сохранении свидетельств в качестве первоочередного примера обеспечительной меры защиты, предусмотренной государственным судом. Учитывая, что большинство в Рабочей группе не считает это необходимым, предлагается включить соответствующую ссылку в официальный доклад.

3. В том, что касается этой статьи и статьи I8, Кипр предлагает вместо слов "обеспечительные меры защиты" использовать слова "обеспечительные постановления или приказы".

ГЛАВА III. СОСТАВ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Глава в целом

I. Польша поддерживает основной принцип независимости стороны, лежащей в основе этой главы.

2. Германская Демократическая Республика считает, что периоды времени, предусмотренные в статьях II и I3, слишком короткие и их следует удлинить.

3. Федеративная Республика Германии предлагает рассмотреть целесообразность включения в главу III положения о выборе индивидуального арбитра или, при выборе более одного арбитра, о составе арбитражного суда для обеспечения принятия беспристрастного решения.

Статья I0. Число арбитров

Индия предлагает, чтобы в том случае, если стороны не достигнут соглашения, арбитраж проводился единоличным арбитром в целях экономии и практической целесообразности.

Статья II. Назначение арбитров

Статья в целом

I. Финляндия предлагает добавить к положениям о назначении арбитров следующее положение:

> "Если одна из сторон не может выполнить своей обязанности по назначению арбитра, а другая сторона предпочитает выносить спор на рассмотрение суда, а не настаивать на арбитраже, то арбитражное соглашение не должно препятствовать компетенции суда в данном споре".

Финляндия предлагает продолжить рассмотрение вопроса о том, не имеет ли аналогичного эффекта любое другое нарушение стороной соглашения, как, например, неспособность выплатить свою долю аванса арбитрам.

Статья II, пункт 3

2. Япония, отмечая, что стороны могут по своему усмотрению определять число арбитров (статья I0(I)) и что пункт 3 настоящей статьи предусматривает только случаи, когда следует назначать трех арбитров или единоличного арбитра, предлагает рассмотреть в более общем плане назначение арбитров в тех случаях, когда сторонам не удается их назначить.

3. Катар отмечает, что в типовом законе отсутствует ссылка на председательство в арбитражном суде, если он состоит из трех арбитров, и что, хотя статья 29 предусматривает, что председательствующий арбитр может быть уполномочен принимать решения по процедурным вопросам, этому положению не предшествует ни одно определение председателя арбитражного суда и ни одно определение арбитра, на которого возлагается эта ответственность. Катар предлагает предусмотреть в статье II(3) типового закона в свете статьи 7(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, чтобы председателем арбитражного суда был третий арбитр, избранный двумя другими арбитрами, каждый из которых назначается стороной, участвующей в споре.

4. Советский Союз предлагает в целях большей определенности заменить в пункте 3(a) настоящей статьи слова "в течение 30 дней после того, как с такой просьбой к ней обратилась другая сторона" словами "в течение 30 дней по получении такой просьбы от другой стороны".

Статья II, пункт 5

5. В том, что касается пункта 5, предусматривающего, что решение суда должно быть окончательным, Норвегия не возражает против этого положения в той мере, в какой оно касается чисто дискреционного аспекта этого решения. Однако типовой закон не должен препятствовать стороне оспаривать решение на первоначальной стадии рассмотрения дела или на уровне толкования или применения закона низшими инстанциями суда; ввиду того, что другое решение будет неприемлемым, по крайней мере для норвежского законодательства, поднимается вопрос о том, препятствует ли толкование слова "окончательное" даже подобному виду оспаривания решения.

Статья I2. Основания для отвода

I. Индия придерживается мнения, что основания для отвода в том виде, в каком они отражены в настоящей статье, слишком расплывчаты и не позволяют истолковывать и применять эту статью в свободной и единообразной форме.

2. ЮНКТАД полагает, что последнее предложение пункта I, предусматривающее постоянную обязанность сообщать об определенных обстоятельствах, возможно, не имеет логической связи с первым предложением пункта I, в котором справедливо утверждается, что арбитр должен сообщить о любых таких обстоятельствах, которые имеют место. Обязанность сообщать не должна распространяться на весь ход разбирательства. Кроме того, ЮНКТАД считает, что в пункте 2 представляется целесообразным предусмотреть, чтобы арбитру мог быть заявлен отвод, только "если есть основания считать, что существуют обстоятельства ...", поскольку такие обстоятельства должны быть подтверждены.

3. Соединенные Штаты выражают согласие с основаниями для отвода, изложенными в статье I2. В пункте 2 правильно определяются главные основания того, что арбитру может быть заявлен отвод "при наличии обстоятельств, вызывающих обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости". Кроме того, стороны могут в своих договорах согласиться в том, что арбитры должны иметь определенную профессиональную или коммерческую квалификацию и что в том случае, если они не имеют подобной квалификации, они подлежат отводу. В целях соблюдения в типовом законе этого аспекта независимости стороны, Соединенные Штаты предлагают добавить слова "или на таких дополнительных основаниях, о которых стороны могут договориться" в первом предложении статьи I2(2).

Статья I3. Процедура отвода

Статья I3, пункт I

I. Что касается предложения Соединенных Штатов в отношении слов "при условии соблюдения положений пункта 3 настоящей статьи" в пункте I, см. пункт 8, ниже.

Статья I3, пункт 2

2. По мнению Федеративной Республики Германии, арбитр, которому заявлен отвод, не должен участвовать в принятии решения об отводе, в то время как Япония считает целесообразным отметить в пункте 2, что арбитражный суд, обладающий полномочиями решать вопрос об отводе, включает арбитра, которому заявлен отвод. ЮНКТАД отмечает, что это правило может применяться лишь тогда, когда имеется три или более арбитров.

3. Германская Демократическая Республика предлагает добавить в пункт 2 настоящей статьи следующее положение об отводе единоличного арбитра: "Если отвод заявляется единоличному арбитру, он может прекратить выполнение своих функций. В противном случае его мандат прекратит свое действие из-за отвода".

4. Норвегия придерживается мнения, что если сторона не выдвигает возражения в период, предусмотренный в пункте 2, то ее следует лишить права делать это и в ходе арбитражного разбирательства и в соответствии со статьями 34(2)(a)(iv) и 36(I)(a)(iv), и что это должно быть четко отражено либо в статье I3, либо в статьях 34 и 36.

5. Швеция отмечает, что, согласно этой статье, арбитр, которому заявлен отвод, по всей видимости, имеет полное право прекратить выполнение своих функций и что в результате его ухода, вероятно, на более поздней стадии разбирательства, стороне, которая назначила арбитра, может быть причинен ущерб в виде дополнительных расходов и задержек. Одним из подходов к решению этой проблемы может стать предоставление арбитражному суду возможности определять, решать ли вопрос об отводе сразу или оставить его для решения в суде, в котором сторона может оспорить арбитражное решение.

6. Норвегия выражает мнение о том, что период в I5 дней, предусмотренный в пункте 2 (а также в пункте 3), слишком короткий и не дает сторонам соответствующей возможности для отвода арбитра. Это объясняется тем, что в международном арбитраже сообщение зачастую доставляется солиситору адресата на месте арбитража и этот солиситор направляет сообщение солиситору адресата на коммерческом предприятии, который отправляет сообщение адресату. Ответ адресата, как правило, передается аналогичным путем, и на каждом участке требуется определенное время для обработки сообщения. Принимая во внимание обычную продолжительность арбитража и положение, согласно которому отвод не мешает арбитражному суду продолжать разбирательство, Норвегия считает, что нет необходимости фиксировать такой короткий период времени.

Статья I3, пункт 3

7. Федеративная Республика Германии выражает мнение о том, что в случаях, когда, согласно статье 6, стороны пользуются правом обращаться в государственный суд, подобное обращение может быть оправдано лишь тогда, когда стороны не согласились об иной процедуре, которая приведет к окончательному и обязательному решению за исключением обращения в суд согласно статье 34. Отмечая, что в соответствии с пунктами 3 и 4 статьи II о назначении арбитров, обращаться в суд можно только в тех случаях, когда стороны не согласились об иной процедуре, которая приведет к окончательному и обязательному решению, Федеративная Республика Германии предлагает сделать ту же оговорку в отношении вмешательства суда согласно статье I3(3). Аналогичное предложение внесено и в отношении статьи I4 (см. пункт 2 обзора комментариев к статье I4).

8. Несмотря на то, что пункт 3 статьи I3 содержит определенные гарантии против тактики проволочек, упорствующей в неподчинении стороны, Соединенные Штаты обеспокоены тем, что оспаривание предварительного судебного постановления, вынесенного в ходе арбитражного разбирательства, может послужить причиной для подрыва арбитражного процесса и ненужного увеличения расходов на этот процесс. В то же время Соединенные Штаты разделяют мнения лиц, постоянно занимающихся арбитражем, о том, что сторонам должна быть предоставлена определенная возможность отвода арбитра и получения определения до вынесения арбитражного решения. Считается, что наилучшим решением этой проблемы является достижение сторонами договоренности о процедуре отвода арбитра и что разрешение на отвод в суде в ходе разбирательства должно предоставляться лишь в том случае, если стороны не согласились о процедуре отводов. Соединенные Штаты предлагают заменить в пункте I слова "при условии соблюдения положений пункта 3 настоящей статьи" словами "и решение по этой процедуре должно считаться окончательным".

9. Ввиду необходимости обеспечить беспристрастный и независимый арбитражный суд и с учетом возможности продолжения арбитражного разбирательства в зависимости от решения суда по вопросу об отводе, Норвегия считает, что апелляциям против решения суда не следует препятствовать, по крайней мере не в том случае, когда суд не соглашается с отводом. Что касается окончательного характера решения суда, то Норвегия делает аналогичные замечания в отношении статьи II(5) (см. пункт 5 обзора комментариев к статье II).

10. Советский Союз выражает мнение о том, что статья 13(3) допускает исключительно широкий судебный контроль в ходе арбитражного разбирательства и что такой контроль представляется неоправданным и может лишь вызывать значительные задержки. Риск таких задержек отнюдь не снижается тем, что арбитражному суду, в том числе отводимому арбитру, предоставляется возможность продолжать разбирательство. Речь идет здесь только о возможности. На практике арбитры предпочтут скорее всего воздержаться от продолжения разбирательства впредь до принятия решения судом. Советский Союз предлагает обсудить целесообразность исключения пункта 3 или по крайней мере существенно ограничить его применение, например, только теми редкими случаями, когда отвод заявлен единоличному арбитру или одновременно большинству членов арбитражного суда, и при этом решение арбитражного суда по отводу, как это предусмотрено в пункте 2, может вызвать сомнения. В прочих ситуациях судебный контроль в отношении беспристрастности и независимости арбитров мог бы без ущерба для прав сторон осуществляться должным образом уже после завершения арбитражного разбирательства.

11. Германская Демократическая Республика предлагает конкретно определить суд, обладающий компетенцией, согласно статье 13(3), добавив слова "в стране, где происходит арбитраж" между словом "суд" и словами "указанный в статье 6". То же самое предложение сделано в контексте статьи 14.

Статья 14. Бездействие или невозможность действия

1. Австрия предлагает включить в статью 14 слова "если стороны не договорились об ином", для того чтобы показать, что стороны вправе договариваться о применении набора арбитражных правил, предусматривающих другое решение проблемы, описанной в настоящей статье.

2. По причинам, изложенным в пункте 7 обзора комментариев к статье 13, Федеративная Республика Германии предлагает включить оговорку в статью 14, с тем чтобы сторона получала право обращаться в суд лишь в том случае, когда стороны не договорились об иной процедуре, которая приведет к окончательному и обязательному решению.

3. Италия предлагает после слова "или" добавить слова "не действует с должной быстротой и эффективностью".

4. Что касается предложения Германской Демократической Республики об определении суда, обладающего юрисдикцией, согласно статье 14 (см. пункт 11 обзора комментариев к статье 13).

5. Что касается окончательного характера решения суда, то Норвегия выступает с замечанием, аналогичным замечанию по статье 11(5) (см. пункт 5 обзора комментариев к статье 11).

6. Для более четкого определения примеров, когда арбитр не в состоянии выполнять свои функции, Корейская Республика предлагает заменить в первом предложении слова "если арбитр бездействует" словами "если он умирает или бездействует".

Статья 14-бис

К этой статье комментариев нет.

Статья 15. Назначение нового арбитра

1. Кипр рассматривает фразу "в соответствии с правилами, которые применялись" как ссылку на процедуру, о которой говорится в пунктах 2 и 3 статьи 11, и считает эту формулировку неприемлемой, поскольку в этих правилах речь идет о предварительном назначении всех арбитров, а не о назначении нового арбитра. По мнению этой страны, для назначения нового арбитра должна использоваться та же процедура, которая использовалась для назначения заменяемого арбитра, и что, возможно, именно это имели в виду составители проекта. Кипр отмечает, что одна из сторон может отказаться от выполнения соглашения, достигнутого в соответствии с пунктом 2 статьи 11 в отношении предварительного назначения, когда оно будет применяться для назначения нового арбитра. Кипр предлагает разработать положение, в котором ясно говорилось бы о таких случаях.

2. Норвегия отмечает, что Рабочая группа стремилась охватить в статье 15 все случаи, в которых может возникнуть необходимость назначения нового арбитра 22/, и что такой подход позволяет упростить формулировку этой статьи, исключив фразу "на основании статьи 13 или 14 или ввиду прекращения выполнения своих функций по любой другой причине, или ввиду отмены его мандата соглашением сторон или в любом другом случае прекращения действия его мандата".

3. Исходя из того, что в соответствии со статьей I4 арбитр может отказаться от выполнения своих функций без указания конкретной причины, Швеция отмечает, что в соответствии со статьей I5, новый арбитр назначается в таком же порядке, как и заменяемый арбитр. Указывается, что в результате этого любая сторона может путем консультации с арбитром, назначенным этой стороной, заменить его другим арбитром; это может дать стороне возможность затянуть разбирательство и заменить одного арбитра другим, мнение которого, как ожидается, в большей степени соответствует интересам этой стороны. Поэтому Швеция предлагает, чтобы новый арбитр назначался беспристрастным органом, например, судом; в статье I4 можно также предусмотреть оговорку, в соответствии с которой арбитр, отказывающийся от выполнения своих функций без указания причины, обязан оплатить дополнительные связанные с этим издержки.

ГЛАВА IV. КОМПЕТЕНЦИЯ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Статья I6. Право на вынесение постановления о своей компетенции

Статья I6, пункт I

I. Отмечая, что в соответствии с законодательством Кипра арбитражная оговорка, являющаяся частью недействительного договора, сама по себе является недействительной, Кипр поддерживает положение статьи I6 о том, что вынесение арбитражным судом решения о недействительности договора не влечет за собой ipso iure недействительность арбитражной оговорки. Однако предлагается применять это положение по решению суда.

2. Индия предлагает добавить в конце первого предложения пункта I этой статьи следующую фразу "... или определения любой стороны в арбитражном соглашении". Предлагается, чтобы эта поправка охватила проблему ответственности судовладельцев за морские перевозки на судах, плавающих под чужими флагами.

Статья I6, пункт 2

3. Советский Союз считает, что намерение арбитражного суда превысить свою компетенцию, как правило, можно обнаружить только после вынесения им арбитражного решения по вопросу, выходящему за пределы его компетенции, и что необходимо определить более точно срок подачи заявления о превышении арбитражным судом своей компетенции. Это положение будет более точным, если заявление будет подано стороной без промедления, как только вопрос, выходящий за пределы полномочий арбитражного суда, будет поставлен в ходе арбитражного разбирательства (как предусмотрено, например, в пункте I статьи V Женевской конвенции I96I года).

4. По мнению Швеции, значение положения о сроке подачи заявления о превышении арбитрами своей компетенции является недостаточно ясным. Вопрос о компетенции арбитражного суда может обсуждаться в ходе арбитражного разбирательства, и в это время арбитражный суд может заявить о своем намерении вынести постановление по спорному вопросу. Однако едва ли можно считать, что такое заявление налагает обязательства на арбитражный суд. Обычно только после вынесения арбитражного решения сторона может заявить с уверенностью, что пределы полномочий арбитражного суда были превышены. Поэтому сторона должна иметь возможность для подачи заявления при рассмотрении просьбы об отмене арбитражного решения.

5. Норвегия считает, что сторону, которая не подала заявления о превышении компетенции в соответствии с пунктом 2 статьи I6, следует лишить возможности выступать с подобным возражением при рассмотрении просьбы об отмене или приведении в исполнение арбитражного решения. Отмечая, что это мнение также было высказано в рамках Рабочей группы 23/, Норвегия предлагает ясно отразить это положение либо в статье I6, либо в статьях 34 и 36.

6. Кипр предлагает изменить первое предложение пункта 2 следующим образом: "Заявление об отсутствии у арбитражного суда компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску; такое заявление может быть сделано в возражении по иску".

Статья I6, пункт 3

7. Австрия, Индия, Норвегия, Польша и МАЮ высказываются против правила, содержащегося в последнем предложении пункта 3, и выражают мнение, что постановление арбитражного суда о том, что он обладает компетенцией, подлежит немедленному рассмотрению в суде.

a) Австрия отмечает, что в соответствии с нынешним текстом стороны фактически вынуждены продолжать разбирательство, которое иногда связано со значительными издержками и потерями времени, прежде чем они смогут обратиться с просьбой об отмене арбитражного решения на основании отсутствия компетенции у арбитражного суда. Поэтому Австрия считает, что арбитражному суду должна быть предоставлена возможность выносить постановление о своей компетенции как по вопросу предварительного характера в форме арбитражного решения. Такое постановление арбитражного суда затем может быть немедленно опротестовано любой стороной путем обжалования арбитражного решения в соответствии со статьей 34. Австрия отмечает, что в соответствии с пунктом 3 статьи I3 сторона, заявление которой об отводе арбитра не удовлетворяется, может немедленно просить суд принять решение по отводу и что подобный подход было бы целесообразно использовать в более важном случае, когда оспаривается компетенция арбитражного суда.

b) Норвегия, выражая согласие с преобладающим в Рабочей группе мнением, в соответствии с которым вопрос об одновременном контроле суда не может решаться произвольно 24/, тем не менее высказывает предположение, что в некоторых случаях действительно может возникнуть необходимость в судебном решении о компетенции арбитражного суда на раннем этапе и что типовой закон должен допускать определенную гибкость в этом вопросе. Норвегия предлагает заменить пункт 3 статьи I6 следующими положениями:

> "3) Арбитражный суд может вынести постановление по заявлению, указанному в пункте 2 настоящей статьи, либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. Если суд выносит постановление по заявлению как по вопросу предварительного характера, то он может изложить свое постановление в предварительном арбитражном решении.
>
> 4) Если стороны не договорились об ином, сторона может обратиться в суд с просьбой об отмене предварительного арбитражного решения, о котором говорится в пункте 3 настоящей статьи. Такая просьба подается в пределах срока, указанного в пункте 3 статьи 34.
>
> 5) Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд выносит решение о целесообразности продолжения арбитражного разбирательства, до решения судом вопроса о его компетенции.
>
> 6) Постановление арбитражного суда о том, что он обладает компетенцией, может быть обжаловано лишь на основании действий, указанных в пункте 4 настоящей статьи, или с помощью иска об отмене арбитражного решения, или в качестве средства защиты от действий, направленных на признание или приведение решения в исполнение".

c) Польша придерживается мнения, что пункт 3 статьи I6 противоречит основному правилу торгового арбитража, направленному на обеспечение быстрого и не связанного с большими издержками разбирательства. Польша предлагает государственному суду как можно быстрее рассматривать заявление об отсутствии у арбитражного суда компетенции. Например, можно было бы предусмотреть вынесение обязательного предварительного решения арбитражным судом, которое подлежит немедленному утверждению в государственном суде.

d) МАЮ согласна с тем, что основным компетентным органом, выносящим решения по вопросам компетенции, включая вопросы подсудности арбитражу, действительности арбитражного соглашения и т.д., должен быть сам арбитражный суд. Однако, поскольку решения арбитражного суда по этим вопросам в конечном счете подлежат контролю со стороны суда, представляется целесообразным разрешить вмешательство судов по таким вопросам на раннем этапе, а не только на заключительном этапе арбитражного разбирательства. Это позволило бы избежать неоправданных задержек и расходов. Поэтому предлагается пересмотреть пункт 3 статьи I6, и, поскольку статья I7 была обсуждена и исключена Рабочей группой 25/, возможно, вновь рассмотреть эту статью с целью ее восстановления. Отмечается, что, по мнению большинства практикующих адвокатов, одновременный контроль суда должен также иметь и более общее значение, помимо обжалования вопроса о компетенции суда, в целях предотвращения превышения своей компетенции арбитражными судами или несоблюдения ими требований надлежащего судопроизводства. Согласно последней редакции пункта 3 статьи I6 (как разъясняется в докладе о работе седьмой сессии Рабочей группы 26/) представляется невозможным обжаловать предварительное арбитражное решение или предварительное постановление суда. Вполне понятно стремление максимально ограничить

контроль суда (и, как отмечается, вероятно, оно приемлемо для большинства членов МАЮ), однако считается, что слишком жесткий подход может привести к возникновению экстремальных ситуаций, результатом которых могут быть неоправданные приостановки разбирательства, задержки и судебные издержки сторон.

8. Норвегия и МАЮ предложили указать в пункте 3 статьи 16, что постановление арбитражного суда о том, что он обладает компетенцией, может быть также оспорено в порядке защиты от мер по признанию или приведению в исполнение арбитражного решения. Как следует из пункта 3 статьи 16, указывает МАЮ, вопросы компетенции можно рассматривать лишь в иске об отмене арбитражного решения, а не в порядке защиты от мер по признанию или приведению в исполнение арбитражного решения. В результате может возникнуть абсурдная ситуация, когда проигрывающая сторона не может потребовать отмены арбитражного решения только потому, что сторона, выигрывающая дело, первой потребовала исполнения решения.

9. Мексика предлагает более четко указать, что положения пункта 3 применяются не только к заявлению об отсутствии у арбитражного суда компетенции, но также к заявлению о превышении арбитражным судом сферы своей компетенции.

10. Советский Союз в соответствии со своим предложением в отношении пункта 2 статьи 8 (см. пункт 6 обзора комментариев к статье 8) считает, что последнее предложение пункта 3 статьи 16 является необязательным и его можно исключить.

Статья 18. Полномочие арбитражного суда на вынесение решения о принятии обеспечительных мер

1. Австрия предлагает исключить это положение. В большинстве национальных законодательств о скоропортящихся товарах предусмотрены нормы, допускающие быструю распродажу таких товаров, и поэтому в разработке новых правил нет необходимости. Обеспечительные меры, решение о которых вынесено арбитражным судом (например, остановка строительства здания), могут поставить арбитров в трудное положение, причем им может быть предъявлено требование о возмещении ущерба, если эти меры окажутся неоправданными. Поэтому полномочия на вынесение решения о принятии обеспечительных мер должны выдаваться только обычным судам.

2. Индия считает возможным предоставление арбитражному суду полномочий на вынесение решения о принятии обеспечительных мер.

3. Мексика предлагает предусмотреть, чтобы гарантии, которые арбитражный суд может потребовать от стороны, покрывали, помимо расходов по обеспечительным мерам защиты, о принятии которых выносит решение арбитражный суд, возможный ущерб, понесенный другой стороной, если эта сторона выиграет дело.

4. Норвегия считает, что в типовом законе не предполагалось рассматривать вопрос об ограничении конкретного вида обеспечительных мер, которые может потребовать арбитражный суд, а также вопрос о приведении в исполнение этих мер или вопрос о последствиях неподчинения этим мерам.

5. Швеция отмечает, что в соответствии с законодательством Швеции суд может вынести решение о принятии какой-либо меры по просьбе стороны, которая считает, что у нее есть основания для иска против другого лица, причем такой же порядок применяется, если спор будет урегулирован с помощью арбитражного разбирательства независимо от того, начато или нет это арбитражное разбирательство. Швеция отмечает, что статья 18, если ее рассматривать с учетом статьи 5, по всей видимости, наделяет арбитражный суд исключительными полномочиями на вынесение решения о принятии обеспечительных мер защиты. Это положение следует разъяснить с тем, чтобы показать его реальное значение. Следует также разъяснить, является ли обеспечительная мера, решение о которой вынесено арбитражным судом, обязательной и каковы последствия, если сторона не подчиняется этому решению.

6. Норвегия предлагает использовать иную формулировку для описания мер, рассматриваемых в этой статье, с тем чтобы не путать их с мерами, решение о которых выносится судом в соответствии со статьей 9.

ГЛАВА V. ВЕДЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Статья I9. Определение правил процедуры

Комментарий к статье в целом

I. По мнению Швеции, предоставляется целесообразным на основании этой статьи или какого-либо иного соответствующего положения типового закона обязать арбитражный суд быстро проводить арбитражное разбирательство.

Статья I9, пункт I

2. По мнению Италии, целесообразно предоставить сторонам право определять правила процедуры после вступления арбитров в свою должность и с их согласия.

3. Отмечая, что в пункте I статьи I9 предусматривается, что "стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства арбитражным судом", Соединенные Штаты затрагивают связанный с этим вопрос о том, ограничиваются ли каким-либо образом стороны сроком, в пределах которого они могут договориться о такой процедуре. Несмотря на то, что Рабочая группа указывала, что "сторонам должна быть предоставлена возможность по своему усмотрению договариваться о процедуре на протяжении всего арбитражного разбирательства" 27/, Соединенные Штаты считают, что на этот потенциально важный вопрос должен быть дан ясный ответ в типовом законе, и предлагают включить в пункт I положение, в соответствии с которым стороны могут договориться о процедуре как в ходе арбитражного разбирательства, так и до его начала.

Статья I9, пункт 2

4. Италия заявляет, что вопросы о допустимости и относимости доказательства рассматриваются во многих правовых системах, включая итальянскую систему, и являются вопросами материального права и что, следовательно, эти вопросы регулируются правилами, относящимися к существу спора, определяемого в соответствии со статьей 28.

5. Мексика предлагает указать в пункте 2, что полномочия арбитражного суда на ведение арбитражного разбирательства и на определение допустимости, относимости, существенности и значимости доказательства должны осуществляться осторожным и разумным образом и что арбитражный суд должен всегда мотивировать свои решения.

6. В связи с положением пункта 2 статьи I9 о ведении арбитражного разбирательства Польша подчеркивает, что арбитражный суд должен в равной степени учитывать интересы сторон, а также факторы, которые облегчают проведение разбирательства и способствуют достижению взаимопонимания (например, вопрос определения языка, на котором будет вестись разбирательство).

Статья I9, пункт 3

7. Отмечая, что в соответствии с пунктом 3 каждой стороне должна быть предоставлена "полная" возможность использовать все свои права в арбитражном разбирательстве, Норвегия указывает, что если арбитражный суд не соблюдает это положение, то это дает основание для отмены арбитражного решения [статья 34(2)(a)(iv)] и для отказа в признании и приведении в исполнение [статья 36(I)(a)(iv)] и что это положение может также быть использовано для тактики проволочек. Поэтому предлагается заменить в пункте 3 слово "полная" другим словом, например словом "соответствующая".

8. МАЮ предлагает включить после слова "полная" в пункте 3 слова "и надлежащая", поскольку в английском языке слово "полная" редко используется самостоятельно в этом смысле, а слова "полная и надлежащая" составляют идиоматическое выражение, которое в полной мере будет соответствовать данному контексту и явится достаточно точным определением. Напротив, слово "полная" само по себе является недостаточно точным и может быть истолковано как имеющее слишком ограничительный характер. В Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ используется сокращенный вариант этой фразы, однако считается, что в арбитражном регламенте эта фраза имеет меньшее значение, чем в национальном законодательстве.

Статья 20. Место арбитража

1. Индия считает, что право сторон на согласование места арбитража может быть использовано против более слабой стороны. В качестве возможного варианта предлагается проводить арбитражное разбирательство в стране ответчика. Однако Индия не возражает против включения в целях сохранения объективности в пункт 1 статьи 20 положения о том, что "место арбитража определяется арбитражным судом".

2. По мнению Норвегии, нет необходимости непосредственно связывать место арбитража, о котором говорится в пункте 1, с любыми другими местами, где в соответствии с пунктом 2 проводятся отдельные этапы арбитражного разбирательства, включая этап вынесения арбитражного решения. Напоминая о мнении, преобладавшем в Рабочей группе, в частности о том, что единственным фактором, определяющим применимость типового закона, должно быть место арбитража 28/, а также о положениях пункта 3 статьи 31, в соответствии с которыми арбитражное решение считается вынесенным в месте, определенном в соответствии с пунктом 1 статьи 20, Норвегия отмечает, что в соответствии со статьями 6, 27, 28(2), 34 и 36(1)(i), (iv) и (v) место арбитража имеет или должно иметь решающее значение. В отношении "подразумеваемого" места арбитража, упоминаемого в статье 20, Норвегия предлагает разъяснить, распространяется ли оно на все положения типового закона, в которых говорится о месте арбитража, или оно имеет иное значение. Признавая целесообразность пункта 2 этой статьи, Норвегия предлагает включить в типовой закон положение с тем, чтобы выражение "подразумеваемое" место арбитража не распространялось на все или отдельные положения, в которых место арбитража является определяющим фактором, если нет действительной фактической связи между этим местом и местом проведения арбитражного разбирательства.

3. В отношении предложения Чехословакии рассмотреть в статье 20 проблему компетенции см. пункт 6 обзора комментариев к статье 6.

Статья 21. Начало арбитражного разбирательства

1. Чехословакия предлагает добавить в конце этой статьи следующий текст: "Если просьба направляется по почте, арбитражное разбирательство начинается с даты ее отправления, определяемой на основании штемпеля почтового отделения".

2. Отмечая, что дата начала арбитражного разбирательства имеет важное значение для ограничения или истечения сроков иска, Чехословакия предлагает добавить следующее положение после статьи 21:

> "1) Просьба о возбуждении спора, которая подлежит передаче в арбитраж и которая зарегистрирована арбитрами или постоянным арбитражным органом, имеет такие же правовые последствия, как и просьба по этому вопросу, зарегистрированная в суде.
>
> 2) Если арбитражный суд выносит постановление о том, что он не обладает компетенцией, или если арбитражное решение отменяется и сторона подает новую просьбу в суд в течение 30 дней после получения постановления об отсутствии компетенции или судебного решения об отмене арбитражного решения, то этой стороне нельзя вменять в вину ограничение или истечение срока действия иска в результате истечения срока его подачи".

3. Япония отмечает, что в соответствии с ее законодательством и, вероятно, также в соответствии с законодательством других стран предписываемый срок подачи просьбы о возбуждении арбитражного разбирательства, рассматриваемого постоянным арбитражным органом, истекает в момент передачи просьбы в такой орган. Поэтому Япония предлагает дополнить эту статью следующим образом:

> "Если арбитраж рассматривается арбитражным органом, арбитражное разбирательство начинается с даты получения арбитражным органом просьбы о возбуждении арбитражного разбирательства".

Статья 22. Язык

I. По мнению Австрии, подробное перечисление в последнем предложении пункта I является необязательным и его следует исключить.

2. Федеративная Республика Германии считает, что в тех случаях, когда стороны не договорились о том, какой язык будет использоваться в арбитражном разбирательстве, необходимо исключить возможность произвольного выбора языка. Такую возможность можно исключить, предусмотрев, что в случае отсутствия договоренности сторон, язык или языки, которые будут использоваться в арбитражном разбирательстве, определяются арбитражным судом в соответствии с принципом, изложенным в пункте 3 статьи I9, то есть в соответствии с тем, что каждой стороне предоставляется полная возможность использовать все свои права в арбитражном разбирательстве.

Статья 23. Исковое заявление и возражения по иску

Статья 23, пункт I

I. Италия считает целесообразным указать в самом типовом законе срок для заявления иска и возражения по нему, а не оставлять определение этого срока на усмотрение сторон или арбитражного суда.

2. Соединенные Штаты, руководствуясь концепцией о самостоятельности стороны, предлагают разъяснить с помощью соответствующей формулировки, что положение пункта I не имеет обязательной силы. Отсутствие определенности по этому вопросу в типовом законе может привести к возникновению трудностей у сторон, которые регулярно пользуются арбитражными правилами или положениями договоров, которые не соответствуют полностью этому положению проекта текста.

Статья 23, пункт 2

3. Кипр считает, что фраза "любых иных обстоятельств" является слишком общей и неопределенной. В соответствии с практикой изменения требований для внесения поправок всегда предоставляется время, если суд не установит, что сторона, обратившаяся с такой просьбой, действует mala fide или что в результате ошибки этой стороны другой стороне причиняется ущерб, который не может быть компенсирован путем возмещения издержек или каким-либо иным образом. Однако независимо от того, явилось ли первое упущение результатом небрежности или неосторожности, и несмотря на то, что предлагаемая поправка вносится с опозданием, эта поправка допускается, если ее можно внести без ущерба для другой стороны. Такой ущерб отсутствует, если другая сторона может получить компенсацию путем покрытия издержек. Поправка должна допускаться, если с ее помощью "стороны могут затронуть вопрос по существу".

4. Советский Союз считает, что пункт 2, предусматривая, что изменение или дополнение иска или возражения по иску могут быть не допущены арбитрами с учетом "задержки или ущерба для интересов другой стороны или любых иных обстоятельств", предоставляет арбитражному суду чрезмерно широкую свободу действий в этом вопросе, весьма важном с точки зрения всестороннего рассмотрения и справедливого разрешения дела по существу. Такая свобода особенно явственно вытекает из ссылки на "иные обстоятельства", которую поэтому следовало бы исключить. Кроме того, довольно двусмысленна и ссылка на "ущерб для интересов другой стороны". Логично предположить, что практически всякое изменение или дополнение, вносимые одной стороной, направлены к ее выгоде и, следовательно, в "ущерб" другой стороне. Вероятно, было бы более справедливо закрепить право стороны на внесение изменений или дополнений в любое время до того, как арбитражный суд объявит об окончании разбирательства или, по крайней мере, ограничить свободу действий арбитражного суда, например, ссылкой только на характер и причины задержки.

Статья 24. Слушание и письменное разбирательство

Статья 24, пункты I и 2

I. Польша и Соединенные Штаты предлагают заменить пункты I и 2 статьи 24 одним следующим пунктом, в основе которого использован пункт 2 статьи I5 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ:

"Если стороны не договорились о том, чтобы не проводить слушание, и если какая-либо из сторон на соответствующем этапе разбирательства представит соответствующую просьбу, арбитражный суд проводит заседание для заслушивания показаний свидетелей или устных прений. При отсутствии такой просьбы арбитражный суд принимает решение о том, проводить ли такие слушания или осуществлять разбирательство на основании документов и других материалов".

В связи с этим предложением Польша отмечает, что стороны обычно не оговаривают в арбитражном соглашении обязательное проведение слушания и что типовой закон передает, если переговоры по этому вопросу не привели к достижению соглашения, все полномочия по этому вопросу арбитражному суду; такое решение является нежелательным, и, кроме того, оно противоречит интересам сторон, для которых слушание является основным элементом разбирательства, на котором они могут полностью изложить свои доводы. Соединенные Штаты, выражая озабоченность в связи с тем, что в соответствии с нынешним текстом статьи 24 сторона, которая желает провести слушание, не может быть уверенной в том, что такое слушание состоится, выдвигает следующие доводы в поддержку предложенного текста. Право на проведение слушания, если от него не отказались, является важным средством обеспечения справедливого разрешения спора. Если не было прямого указания на отказ от этого права, то сторона имеет право потребовать представления устных показаний свидетелей и установления судом правдивости показаний любого свидетеля. Сторона должна также иметь право на представление своих юридических и фактических доводов самым эффективным образом. Часто лучше всего это можно сделать с помощью устного представления доводов. Соответствующее положение статьи I5(2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ предусматривает, что "если какая-либо из сторон на любой стадии разбирательства заявит соответствующую просьбу, арбитражный суд проводит заседание для заслушивания ...". По всей видимости, нет никаких оснований для отхода от этого принципа, уже принятого Комиссией. Включение этого принципа в типовой закон также устранит возможное основание для отмены арбитражного решения путем доказательства того, что сторона "не имела другой возможности использовать все свои права в арбитражном разбирательстве" согласно смыслу статей 34 и 36. Соединенные Штаты считают, что опасность возможного злоупотребления правом на слушание с помощью тактики проволочек следует исключить путем включения фразы "на соответствующем этапе разбирательства", которая уже содержится в нынешнем проекте пункта 2. Опыт показывает, что пункт 2 статьи I5 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, по образцу которого составлен предлагаемый текст, является эффективным и исключает возможность двоякого толкования. Кроме того, согласованность типового закона с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ по вопросу о слушании будет способствовать использованию единообразного подхода к процедуре международного арбитража.

2. Германская Демократическая Республика предлагает сформулировать принцип, изложенный в пункте 2 статьи 24, более четко и убедительно, то есть указать, что устные слушания следует проводить всегда по требованию стороны (пункт 2 статьи 24) или в тех случаях, когда отношение сторон к проведению устных слушаний вызывает сомнение.

3. Швеция предлагает заменить в пункте 2 слово "может" словом "должно".

4. МАЮ предлагает пересмотреть формулировку пункта 2 статьи 24. Из нынешнего текста следует, что вопрос о том, проводить или не проводить слушание, всецело находится на усмотрении арбитражного суда, даже если одна из сторон потребовала проведения слушания. Такое положение, вероятно, prima facie противоречит преобладавшему в Рабочей группе мнению, а именно, что "право стороны требовать проведения слушаний настолько важно, что сторонам не должно быть позволено отказаться от него по соглашению между собой" 29/. Доклад Рабочей группы указывает на расхождение во взглядах, однако, по всей видимости, не устраняет этого расхождения 30/.

5. Советский Союз предлагает в интересах определенности предусмотреть в пункте 2, что в любом случае или по крайней мере в случае, когда сами стороны не договорились после возникновения спора о его разбирательстве арбитрами на основе исключительно письменных документов, арбитражный суд обязан по запросу любой из сторон провести устное слушание дела после уведомления сторон о проведении слушания.

6. По мнению Норвегии, текст пункта I позволяет предположить, что арбитражный суд не может принять решение о проведении разбирательства частично на основе устных слушаний и частично на основе документов. Арбитражный суд, вероятно, должен иметь такую возможность, и в этой связи предлагается изменить пункт I следующим образом:

"I) С учетом любого иного соглашения сторон арбитражный суд принимает решение о необходимости и пределах проведения устного слушания, а также о проведении разбирательства на основе документов и других материалов и о его пределах".

7. Австрия предлагает заменить вводную фразу пункта I "с учетом любого иного соглашения сторон" фразой "если стороны не договорились об ином", поскольку последняя фраза чаще используется в типовом законе.

Статья 24, пункт 3

8. По мнению Кипра, в типовом законе должен быть определен период времени между уведомлением и слушанием или заседанием, поскольку слово "достаточно" вызывает определенные проблемы.

9. Советский Союз предлагает в порядке уточнения заменить в пункте 3 фразу "в инспекционных целях" формулировкой "в целях осмотра, о котором говорится в пункте 2 статьи 20" или фразой "в целях осмотра товаров, иного имущества или документов".

Статья 24, пункт 4

I0. Советский Союз считает, что требование, содержащееся во втором предложении пункта 4, о направлении сторонам любого "иного документа", на котором арбитражный суд может основываться при вынесении решения, является слишком широким, поскольку оно может быть истолковано, как распространяющееся, например, на такие документы, как публикации нормативных актов, судебных прецедентов и научных юридических исследований. В требовании речь должна идти только о документах, имеющих значение доказательств, то есть о "документальных доказательствах" по смыслу пункта 2 статьи 22, и это следует прямо указать в пункте 4 статьи 24.

Статья 25. Непредставление документов или неявка стороны

Статья 25, подпункт (b)

I. По мнению Федеративной Республики Германии, текст подпункта (b) может быть истолкован таким образом, что непредставление ответчиком возражений не приведет к ухудшению его положения, а это не соответствует значению этого положения. Это положение означает лишь непризнание искового заявления истца как такового. С другой стороны, арбитражному суду в отдельных случаях должна быть предоставлена возможность делать именно такой или подобный вывод. Другими словами, арбитражный суд должен по своему усмотрению делать наиболее вероятные выводы в случае непредставления ответчиком возражений по иску.

Статья 25, подпункт (c)

2. Италия считает целесообразным предусмотреть меру наказания за несоблюдение стороной положения подпункта (c); неявка на слушание или непредставление документальных доказательств в качестве минимальной меры наказания при вынесении решения по конкретному делу могло бы учитываться арбитражным судом.

3. По мнению Советского Союза, учитывая, что текст подпункта (c), в соответствии с которым арбитражный суд "может" продолжить разбирательство, также дает арбитражному суду право не продолжать разбирательство; поэтому следовало бы предусмотреть, что арбитражный суд "может, а по требованию другой стороны - должен продолжить разбирательство".

Статья 26. Эксперт, назначенный арбитражным судом

Статья 26, пункт I

I. Мексика отмечает, что подпункт (b) пункта I статьи 26 предоставляет арбитражному суду право потребовать "от стороны" предоставления информации эксперту. Мексика предлагает разъяснить, что такое требование предъявляется к каждой стороне, а не только к одной из них. (Примечание секретариата: в подпункте (b) пункта I статьи 26 английские слова "may require a party" были переведены на испанский язык следующим образом: "podrá solicitar a una de las partes").

2. Советский Союз считает, что предоставление сторонам возможности ограничивать право арбитражного суда назначать эксперта следует ограничить сроком, предшествующим назначению арбитров, которые, соответственно, принимая такое назначение, знали об этом ограничении.

Статья 26, пункт 2

3. Кипр предлагает предусмотреть в пункте 2 право арбитражного суда задавать вопросы эксперту независимо от наличия у сторон соглашения об ином.

Статья 27. Содействие суда в получении доказательств

Комментарии, относящиеся к территориальной сфере применения статьи 27

I. Австрия, Советский Союз и Япония считают, что сфера применения статьи 27 должна быть ограничена случаями, когда арбитражное производство происходит "в данном государстве", и, следовательно, необходимо исключить слова "на основании настоящего Закона". Австрия подчеркивает, что это ограничение соответствует подходу, в соответствии с которым место арбитражного разбирательства должно быть единственным определяющим фактором для применения типового закона.

2. Япония поддерживает решение Рабочей группы о том, что в этой статье должна рассматриваться только помощь суда при проведении арбитража в государстве, суд которого оказывает содействие 31/, однако подчеркивает, что это не должно означать отказа в содействии при получении доказательства в соответствии с правилами предоставления международной судебной помощи или сотрудничества.

3. Советский Союз отмечает, что пункт I статьи 27 отражает решение Рабочей группы ограничить статью 27 получением доказательств в пределах государства, в котором проводится арбитражное разбирательство, и не распространять этот пункт на другие государства, и что Рабочая группа планировала пересмотреть данное решение на более позднем этапе в ходе общих прений по вопросу о территориальной сфере применения типового закона 32/. Считается, что эффективность международного торгового арбитража повысится, если включить в типовой закон в качестве дополнения к статье 27 положение, которое предоставит судам в государстве, в котором проводится арбитражное разбирательство, право a) передать суду иностранного государства просьбу об оказании содействия при получении доказательств для использования в арбитражном разбирательстве (Соединенные Штаты, а также Норвегия) и b) отвечать на любую такую просьбу, переданную иностранным судом, таким же образом, как если бы сам иностранный суд обратился с просьбой об оказании содействия в получении доказательства для использования в судебном разбирательстве (Соединенные Штаты).

Статья 27, пункт I

4. Австрия предлагает предусмотреть в типовом законе, чтобы с одобрения арбитражного суда просьба стороны о содействии суда подавалась в письменном виде. Австрия также считает, что положения подпунктов (a), (b) и (c) пункта I о содержании просьбы о содействии суда являются необязательными и их следует исключить.

5. Советский Союз считает, что едва ли уместно включать правило о получении через суд показаний не только свидетеля, но и эксперта-свидетеля, поскольку участие в арбитражном производстве эксперта-свидетеля обеспечивается самой заинтересованной стороной (пункт 2 статьи 26).

Предлагаемое дополнение к статье 27

6. Швеция высказывает предположение, что ввиду расхождения правовых систем по вопросу о процедуре содействия суда в получении доказательств и трудностях, возникающих в этой связи, возможно, потребуется включить положение, определяющее случаи, когда доказательствами располагает какая-либо сторона; в соответствии с таким положением арбитражному суду дополнительно к возможностям, изложенным в статье 27, следует предоставить право требовать от стороны, обладающей доказательствами, представлять их и, в случае отказа подчиниться этому требованию, арбитражному суду должны быть предоставлены полномочия толковать такой отказ в ущерб интересам этой стороны.

ГЛАВА VI. ВЫНЕСЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Комментарий к главе в целом

Польша поддерживает текст положений этой главы, поскольку при их составлении применялся прогрессивный и гибкий подход, отражающий современные тенденции международного торгового арбитража. В качестве конкретного примера такого подхода Польша ссылается на пункт I статьи 28, в котором говорится о выборе материального права.

Статья 28. Нормы, применимые к существу спора

Комментарий к статье в целом

I. Корейская Республика считает значительным факт рассмотрения в типовом законе такого важного вопроса, как применение коллизионных норм к существу международных торговых споров.

2. По мнению Швеции, нормы, определяющие выбор права, отражают весьма традиционный подход к этому вопросу. Если эти нормы будут приняты в нынешней редакции, существует опасность оказания отрицательного воздействия на тенденцию решать вопрос о выборе права беспристрастным образом, которая наметилась в международной арбитражной практике. Такие последствия были бы нежелательны.

Статья 28, пункт I

3. Федеративная Республика Германии и Соединенные Штаты заявляют о своей поддержке пункта I статьи 28 при условии, высказанном также Рабочей группой 33/, что формулировка пункта предоставит сторонам более широкие возможности выбора и позволит им, например, согласовывать как подлежащие применению к их делу нормы более чем одной правовой системы, включая нормы права, которые были разработаны на международном уровне. Федеративная Республика Германии отмечает, что такая формулировка предоставила бы сторонам более широкие возможности при выборе решения в соответствии с нормами права или решения ex aequo et bono. Хотя, как правило, при арбитражном разбирательстве также представляется целесообразным принимать решения в соответствии с нормами права, предприниматели нередко изъявляют желание, чтобы решение принималось не в соответствии с буквой закона, а с учетом факторов экономической целесообразности. Термин "нормы права" следует толковать широко, с тем чтобы можно было отходить от положений права на основании ясно выраженного или предполагаемого пожелания сторон.

4. По мнению Аргентины, нормы права, которые выбрали стороны, не обязательно должны быть нормами национального права; в зависимости от значимости это могут быть нормы, изложенные в договоре, торговые обычаи, а также нормы таких международных конвенций, как Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров I980 года. Отмечалось, что при таком выборе норм права стороны могут дополнительно согласовывать национальное право с целью урегулирования вопросов, которые не были решены с помощью норм права, выбранных сторонами. Аргентина отмечает, что, совершая тот или иной выбор, следует учитывать нормы исключительного применения права государства, в котором проходит арбитражное разбирательство, или других государств, в которых данное арбитражное решение может быть признано или приведено в исполнение, или же норм публичного права, от применения которых стороны не могут отказаться на основании договоренности.

5. Советский Союз предлагает заменить в пункте I слова "нормы права" словом "право", поскольку термин "нормы права" вводит новое и двусмысленное понятие, толкование которого может вызвать значительные сложности на практике. Традиционное понятие "право" следует сохранить в рассматриваемых нормах, которые рассчитаны на универсальную применимость, несмотря на мнение, в основном теоретического характера о возможности применения арбитрами не только права, действующего в том или ином государстве, но и таких принципов и норм, которые носят "международный" или "вненациональный" характер. В этой связи Советский Союз ссылается на следующие нормы, которые отражают традиционный подход: статью VII Женевской конвенции I96I года, статью 33 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и статью VII Правил международного торгового арбитража и принципов примирения Экономической комиссии Организации Объединенных Наций для Азии и Дальнего Востока I966 года.

6. Кипр отмечает, что, возможно, наиболее уместно слово "право" (а не "нормы права").

Статья 28, пункт 2

7. Италия предлагает следующую новую редакцию пункта 2:

"Если стороны не указали на применимое право, арбитражный суд по своему усмотрению применяет нормы права, учитывая положения как уже вступивших, так и не вступивших в силу международных конвенций или единообразных законов, и в случае отсутствия таких конвенций или единообразных законов, применяет законы государства, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия".

8. По мнению Федеративной Республики Германии и Норвегии, пункт 2 предоставляет слишком широкие полномочия арбитражному суду в отношении определения применимых коллизионных норм. Федеративная Республика Германии отмечает, что такое широкое толкование может, с одной стороны, поставить арбитражный суд в трудное положение при определении соответствующей коллизионной нормы и, с другой стороны, вызвать дополнительные противоречия, которые затянут разбирательство.

9. В этой связи Федеративная Республика Германии предлагает, что, если стороны не договорятся о применимых нормах права, применимое право определяется в соответствии с коллизионными нормами места, в котором проводится арбитражное разбирательство, при условии, что это место было согласовано сторонами; предполагается, что в случае определения арбитражным судом места проведения арбитражного разбирательства коллизионные нормы этого места применяться не могут, поскольку арбитражный суд при определении этого места может руководствоваться не имеющими отношения к существу спора соображениями. Если стороны не договорились о месте проведения арбитражного разбирательства, предлагается руководствоваться коллизионными нормами, которые имеют непосредственное отношение к существу спора.

10. Норвегия предлагает рассмотреть два варианта пункта 2. Ниже приводится текст первого варианта:

"2) Если стороны не указали на применимое право и при условии, что они договорились о месте проведения арбитражного разбирательства, арбитражный суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами юрисдикции государства, в пределах которого находится место арбитража. Если стороны не договорились о месте проведения арбитражного разбирательства, но имеют свои соответствующие коммерческие предприятия на территории с аналогичной правовой системой, арбитражный суд применяет право, определяемое коллизионными нормами этой системы. В противном случае арбитражный суд применяет юрисдикционное право, [к которому данный спор имеет непосредственное отношение] [с которым наиболее тесно связан данный спор]".

В отношении первого варианта указывается, что рассматриваемый пункт 2 предоставляет арбитражному суду слишком широкую свободу действий при применении коллизионных норм и тем самым косвенно - при определении применимого права. Если стороны договорились о месте арбитража, в большинстве случаев они рассчитывают, что будут применяться коллизионные нормы этого места; однако, если стороны не договорились о таком месте, но имеют свои соответствующие коммерческие предприятия в этом же государстве, в большинстве случаев они рассчитывают, что будут применяться коллизионные нормы этого государства, даже если арбитражный суд примет решение проводить разбирательство в другом государстве. Однако, поскольку Норвегия не убеждена в том, что содержащийся в предлагаемом тексте пункта 2 косвенный подход к проблеме выбора права является наиболее подходящим, и поскольку в типовом законе эту проблему, возможно, следует решать непосредственно и предусмотреть также ряд критериев для такого выбора, предлагается следующая формулировка второго варианта:

"2) Если стороны не указали на применимое право, арбитражный суд применяет юрисдикционное право, к которому данный спор [имеет непосредственное отношение] [с которым наиболее тесно связан данный спор]. Если этот спор не [имеет непосредственного отношения] [связан тесно] с какой-либо конкретной юрисдикцией, арбитражный суд применяет право, определяемое коллизионными нормами согласно юрисдикции места, в котором проводится арбитражное разбирательство, в соответствии с пунктом I статьи 20".

Статья 28, пункт 3

II. Италия предлагает добавить к тексту пункта 3 следующее положение:

> "Несмотря на такие полномочия, арбитражный суд при вынесении решения должен, по возможности, максимально обеспечить принудительное осуществление арбитражного решения в границах государств, с которыми тесно связан данный спор".

Предлагаемое добавление к статье 28

I2. Соединенные Штаты, напоминая о решении Рабочей группы исключить из текста статьи 28 требование о том, чтобы арбитражный суд выносил решение в соответствии с условиями договора и учитывал торговые обычаи, применительно к данной сделке 34/, выступают за восстановление этого требования. Принятие арбитражным судом решения в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев предусматривается в пункте 3 статьи 33 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, который Генеральная Ассамблея в своей резолюции 3I/98 от I5 декабря I976 года единодушно рекомендовала использовать в странах с различными правовыми, социальными и экономическими системами; рекомендуя этот Регламент, государства - члены Организации Объединенных Наций подтвердили важность признания применимости условий договоров и торговых обычаев при решении конкретных споров. Отмечается, что положение, аналогичное предлагаемому, содержится также в статье VII Женевской конвенции I96I года и в статье 38 Арбитражного регламента Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций I966 года. Кроме того, признавалось, что "в сфере международных отношений между предпринимателями вопрос о праве, применимом к договору, относится к числу сложных вопросов, по которым трудно достичь договоренности при завершении продолжительных переговоров. Каждая сторона, опасаясь возможного риска, связанного с применением права другой стороны, предпочитает объявить применимым право своей страны. Поэтому этот вопрос нередко остается открытым. Иногда это может даже способствовать включению в договор арбитражной оговорки, поскольку стороны имеют основания рассчитывать, что арбитры при вынесении своих решений прежде будут руководствоваться формулировкой и историей договора и торговых обычаев" 35/. Учитывая приведенные выше доводы, Соединенные Штаты предлагают включить в эту статью следующий новый пункт, составленный в значительной степени на основе пункта 3 статьи 33 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ:

> "Во всех случаях арбитражный суд принимает решения в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке".

Статья 29. Вынесение решения группой арбитров

I. Финляндия, Швеция и (в отношении арбитражных решений) МАЮ считают, что в случае, когда не удается обеспечить большинство при вынесении решения членами арбитражного суда, председательствующий арбитр принимает решение, как если бы он был единственным арбитром. Швеция, поддерживая это мнение, отмечает, что, учитывая опыт применения "принципа большинства", существует опасность, при наличии трех различных мнений, что у председательствующего арбитра может появиться желание согласиться с сомнительным с юридической точки зрения решением в целях обеспечения необходимого большинства. МАЮ признает, что любое изменение текста, касающегося метода принятия решений, привело бы к изменению уже принятой практики, а также к отходу от текста положений Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ; вместе с тем высказывается предположение, что такое изменение может создать значительные трудности, привести к потере времени и издержкам сторон, если арбитражное разбирательство закончится без принятия какого-либо решения. Считается, что большинство практикующих юристов предпочли бы предлагаемое решение.

2. Корейская Республика предлагает следующую новую редакцию второго предложения статьи 29 для случаев, когда не удается обеспечить большинство:

> "Если в арбитражном соглашении не оговорено иное, при наличии нескольких арбитров и равного количества голосов "за" и "против" данное арбитражное соглашение утрачивает свою силу".

3. Италия предлагает предусмотреть возможность принятия решений на основании переписки; по крайней мере представляется необходимым оговорить, что, если арбитр без уважительной на то причины не явился в согласованное место, другие арбитры могут продолжить рассмотрение дела.

4. Норвегия, одобряя смысл, заключенный в последнем предложении этой статьи, указывает на неясность слова "председательствующий". Предлагается либо объяснить это слово в тексте типового закона, либо, что, возможно, целесообразнее, исключить его.

5. В отношении предложения Катара включить в статью II типового закона определение председательствующего арбитра см. пункт 3 обзора комментариев к статье II.

Статья 30. Мировое соглашение

Австрия и Мексика предлагают исключить фразу "если у него нет возражений" в пункте I статьи 30. Австрия считает, что эта фраза необоснованно ограничивает самостоятельность сторон, поскольку, если предмет спора можно передать в арбитраж, стороны вправе решить спор без каких бы то ни было ограничений со стороны арбитражного суда. По мнению Мексики, не следует предоставлять арбитражному суду возможность возражать против фиксации урегулирования в форме арбитражного решения на согласованных сторонами условиях.

Статья 31. Форма и содержание арбитражного решения

1. Чехословакия предлагает ясно отразить в тексте, что арбитражное решение должно быть определенным и исключать какие-либо неясности в отношении решения по рассматриваемой претензии. Чехословакия предлагает, кроме того, добавить следующий пункт к статье 31: "Арбитражное решение, отвечающее всем требованиям данной статьи, имеет силу res iudicata и подлежит исполнению в суде".

2. По мнению Норвегии, в арбитражном решении следует указывать наличие у кого-либо из арбитров иного мнения. Арбитру, придерживающемуся иного мнения, следует предоставить право зафиксировать непосредственно в арбитражном решении причины своего несогласия. Предлагается включить в статью 31 следующий новый пункт:

> "(3-бис) В арбитражном решении указывается, было ли оно принято единогласно. Если данное арбитражное решение не было принято единогласно, в нем необходимо указать причину разногласий и фамилию арбитра, изъявившего иное мнение. Любой арбитр, не согласный с решением, имеет право указать в арбитражном решении причины своего несогласия.

Статья 32. Прекращение разбирательства

Статья 32, пункты 1 и 2

1. Советский Союз отмечает, что с юридическо-технической точки зрения арбитражное разбирательство может прекращаться арбитражным решением или решением арбитражного суда, но не непосредственно соглашением сторон. Такое соглашение сторон служит скорее основанием для решения о прекращении разбирательства. Поэтому предлагается перенести упоминание о таком соглашении сторон из пункта 1 в подпункт (a) пункта 2 статьи 32.

Статья 32, пункт 2

2. Австрия предлагает указать в подпункте (a) пункта 2 статьи 32 критерии отказа от искового заявления, для того чтобы избежать неясности в отношении прекращения арбитражного разбирательства. Предлагается следующая формулировка подпункта (a) пункта 2:

> "a) должен вынести постановление о прекращении арбитражного разбирательства в случае отказа истца от своего требования до представления письменного возражения ответчика по иску или с согласия ответчика, если последний уже представил свое письменное возражение по иску, или путем отказа истцу в правах по данному вопросу;".

3. По мнению Советского Союза, ссылка в подпункте (b) пункта 2 на случаи, когда продолжение арбитражного разбирательства становится ненужным или неуместным, представляется неясной. Предлагается заменить слово "неуместным", которое дает излишне широкую свободу усмотрения арбитражному суду, словом "невозможным" (по примеру формулировки пункта 2 статьи 34 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ), или словом "беспредметным", или подобным словом.

Статья 33. Исправление и толкование решений и дополнительные решения

I. Чехословакия предлагает ограничить положения, касающиеся толкования арбитражного решения, толкованием причин, на основе которых принято это решение.

2. Германская Демократическая Республика предлагает не рассматривать в типовом законе возможность толкования арбитражного решения.

3. Швеция и Соединенные Штаты предлагают пересмотреть эту статью, с тем чтобы обязать арбитражный суд, который получил просьбу от стороны в соответствии с этой статьей, предоставлять другой стороне возможность ответить на эту просьбу. Хотя в предложении Швеции нет прямой ссылки на вынесение дополнительного арбитражного решения, тем не менее предложение Соединенных Штатов касается всех трех случаев действий, просьбы о выполнении которых может получить арбитражный суд в соответствии с этой статьей, а именно, исправлять, давать толкование решений и выносить дополнительные решения. В отношении срока, предоставляемого для ответа на просьбу, о котором говорится в этой статье, и последующих действий арбитражного суда, Швеция считает слишком коротким срок в 30 дней; Соединенные Штаты предлагают предусмотреть, что, если стороны не договорились об ином, срок, предоставляемый арбитражному суду для предпринятия действий по данной просьбе, должен начинаться либо после вручения арбитражному суду возражения относительно исправления, толкования решения или дополнительного решения либо после истечения срока, предусмотренного для подачи упомянутого возражения арбитражному суду.

ГЛАВА VII. ОБЖАЛОВАНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ

Статья 34. Заявление об отмене как исключительное средство обжалования арбитражного решения

Комментарий к статье в целом

I. Соединенные Штаты поддерживают текст статьи 34, в которой предусматривается единственное средство обжалования арбитражного решения, подлежащее исполнению в течение 30 дней после получения арбитражного решения, на основаниях, перечисленных в пунктах I(a)(b)(c)(d) и 2 статьи V Нью-йоркской конвенции I958 года. Представляется целесообразным включить в перечень оснований для обжалования неподсудность арбитражу, что было сделано Рабочей группой. Настоящая формулировка обладает тем преимуществом, что в ней предусмотрено единственное средство обжалования арбитражного решения в стране, в которой оно было принято, и, если Комиссия примет принцип территориальной автономии, - в стране, арбитражное право которой выбрали стороны. Данная формулировка направлена также на согласование оснований для обжалования арбитражного решения с основаниями для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

Статья 34, пункт I

2. Австрия, Венесуэла, Норвегия, Федеративная Республика Германии, Финляндия и Япония предлагают исключить заключенные во вторых квадратных скобках слова "в соответствии с настоящим Законом". Внося это предложение, Финляндия и Норвегия ссылаются на свои замечания относительно территориальной сферы применения типового закона (пункт I обзора комментариев к статье I); а Австрия ссылается на свое замечание относительно сферы применения статьи 27 (пункт I обзора комментариев к статье 27). В контексте этого предложения указывается следующее: место проведения арбитражного разбирательства должно иметь решающее значение при рассмотрении вопроса о применимости типового закона (Австрия, Финляндия); территориальный критерий наилучшим образом согласуется с практикой большинства стран (Финляндия); критерий места проведения арбитражного разбирательства является более практичным, учитывая его специфический характер (Федеративная Республика Германии); могут возникнуть сомнения в отношении связи с применяемым правом в случае, если применялись коллизионные нормы одного государства и материальное право другого государства или материальное право нескольких государств (Федеративная Республика Германии); поскольку, по-видимому, соблюдение типового закона отвечает интересам государств и поскольку слова "в соответствии с настоящим Законом" дают возможность вести арбитражное разбирательство иным образом, чем тот, который предусмотрен в типовом законе, следует отдать предпочтение словам "на территории этого Государства": эта формулировка повысила бы эффективность типового закона, поскольку охватывала бы арбитражные разбирательства, которые начались в государстве, принявшем типовой закон

(Венесуэла); в основе этого предложения лежит главным образом стремление разъяснить суду критерий применения статьи 34 (Япония). Вместе с тем Япония считает, что принятие предлагаемого положения не приведет к ограничению права сторон проводить арбитражное разбирательство в соответствии с арбитражным правом государства, иного, чем то, в котором проводится арбитражное разбирательство, и что право, которое суд применяет для обжалования арбитражного решения, вынесенного в соответствии с иностранным арбитражным правом, которое выбрали стороны, может быть этим иностранным арбитражным правом.

3. В отношении двух вариантов, приведенных в квадратных скобках, Мексика предлагает оставить слова "в соответствии с настоящим Законом", поскольку значение слов "на территории данного государства" уже подразумевалось в статье I и поэтому включать эти слова в статью 34 излишне.

4. Предлагается оставить обе формулировки, приведенные в квадратных скобках (Италия, Чехословакия), и соединить их союзом "и" (Италия).

5. Мексика выражает сомнение относительно формулировки пункта I, в котором предусматривается, что процедура отмены арбитражного решения является единственным способом обжалования его в суде, поскольку в статье 36(I) также предусматривается отказ "в признании или приведении в исполнение арбитражного решения", а в статье I6(2) предусматривается два других основания для обжалования арбитражного решения: заявление об отсутствии компетенции у арбитражного суда и заявление о превышении арбитражным судом его полномочий. Предлагается разъяснить этот вопрос в статье 34(I).

6. Федеративная Республика Германии предлагает привести формулировки статей 34(I) и 36(I)(a)(v) в соответствие с формулировкой статьи 34(I).

7. Япония выражает мнение, что термин "арбитражное решение", подлежащее отмене по статье 34, должен подразумевать лишь окончательное арбитражное решение по существу дела.

Статья 34, пункт 2(a)

8. В предложениях Италии, Чехословакии и Швеции рассматривается возможность включения в текст статьи других оснований для отмены арбитражного решения. Чехословакия предлагает добавить следующее основание к перечню оснований для отмены арбитражного решения, имеющегося в пункте 2(a): "арбитражное решение содержит такие решения по вопросам, выполнение которых невозможно или запрещено законом данного государства". Италия предлагает обсудить включение в перечень оснований для обжалования арбитражного решения основания для пересмотра арбитражного решения, которые, например, предусмотрены в статье 83I Итальянского кодекса гражданских процедур (а именно, когда решающее доказательство, не сообщенное противной стороной, было обнаружено после вынесения судом решения или когда решение суда основывалось на доказательстве, признанном ложным после вынесения судебного решения). Швеция, отмечая, что положения, регламентирующие отмену арбитражного решения, представляются наиболее полными, выражает мнение, что, например, отвод арбитра или ложное показание также могут представлять собой основания для отмены арбитражного решения. Швеция предлагает обсудить вопрос о том, все ли ошибки, представляющие собой основание для отмены арбитражного решения, следует рассматривать одинаково. В отношении некоторых оснований для отмены арбитражного решения Швеция предлагает установить требование рассматривать только те ошибки, которые серьезно повлияли на исход арбитражного разбирательства или сами по себе имели серьезный характер.

9. По мнению Индии, статья 34 является чрезмерно благоприятной для проигравшей стороны, поскольку дает слишком много оснований для обжалования арбитражного решения и предусматривает слишком большой период времени для подачи апелляции в целях отмены арбитражного решения.

I0. По мнению Кипра, слово "должным" в пункте 2(a)(ii) может вызвать проблемы в толковании и поэтому в тексте должна содержаться недвусмысленная фраза, рассматривающая случаи ненадлежащего уведомления стороны. Такое же замечание высказывается в отношении статьи 36(I)(a)(ii).

II. МАЮ предлагает пересмотреть пункт 2(a)(ii) в целях замены слов "не была предоставлена полная и соответствующая возможность представить свои объяснения" современной формулировкой "не могла представить свои объяснения". Предлагаемая формулировка лучшим образом соответствовала бы положению о равенстве, содержащемуся в статье I9(3) [см. также пункт 8 обзора комментариев к статье I9, в котором рассматриваются комментарии МАЮ к статье I9(3)].

I2. Венесуэла, отмечая, что в варианте пункта 2(a)(ii) на испанском языке слово "арбитрам" заключено в скобки, предлагает, чтобы это слово было оставлено без скобок для ясности, а также с учетом того, что скобки могут быть истолкованы как сомнение в отношении уместности этих слов. Это замечание относится также к статье 36(I)(a)(ii).

Статья 34, пункт 2(b)

I3. Польша выражает сомнения в отношении оправданности пункта 2(b)(i), в котором предусмотрено, что вопрос о том, может ли спор быть разрешен через арбитраж, следует решать в соответствии с законами суда, правомочного отменять арбитражное решение. Хотя применять такое правило к признанию и приведению в исполнение арбитражного решения целесообразно, его не следует применять к процедурам, связанным с отменой арбитражного решения, поскольку последствия отмены арбитражного решения не ограничиваются территорией государства, в котором находится суд, - такое решение может иметь далеко идущие последствия. Предлагается обсудить замену слов "по законам этого государства" словами "в соответствии с правовыми нормами, применимыми к существу спора".

I4. По мнению Индии, термин "публичный порядок", содержащийся в пункте 2(b)(ii) является довольно неопределенным.

Статья 34, пункт 4

I5. Австрия предлагает опустить пункт 4, поскольку любое действие арбитражного суда, направленное на устранение оснований для отмены арбитражного решения, заранее предполагает отмену судом неправильного арбитражного решения.

I6. Соединенные Штаты одобряют содержание пункта 4, разрешающего арбитражному суду при соответствующих обстоятельствах исправлять ошибки, которые могли бы привести к необходимости отмены арбитражного решения.

I7. Германская Демократическая Республика предлагает пересмотреть положения о возможности приостановления арбитражного разбирательства, касающегося отмены арбитражного решения, с целью придания им более обязательного характера, для того чтобы дать арбитражному суду возможность самому продолжать арбитражное разбирательство или устранить основания для отмены арбитражного решения.

I8. МАЮ предлагает пересмотреть пункт 4, для того чтобы приблизить его текст к предыдущему варианту статьи 34(4) в соответствии с мнениями, изложенными на последней сессии Рабочей группы 36/. Это позволило бы создать более определенную конструктивную основу для предотвращения отмены арбитражного решения, если его дефект, для исправления которого принимаются меры, является сравнительно незначительным или легко устранимым.

I9. По мнению Японии, в пункте 4 недостаточно четко рассматриваются ситуации, которые он охватывает, и поэтому этот пункт следует изучить дополнительно.

ГЛАВА VIII. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

Необходимость сохранения в тексте данной главы

I. Польша одобряет данные положения, за исключением некоторых положений, касающихся признания и приведения в исполнение арбитражных решений (см. пункты 7 и II, ниже), считая их весьма прогрессивными и способствующими вынесению справедливых арбитражных решений в соответствии с данным типовым законом; она отмечает, что арбитражные решения, рассматриваемые в данном типовом законе, как представляется, обладают чертами "международных арбитражных" решений, а не "иностранных" арбитражных решений, определенных в Нью-йоркской конвенции I958 года.

2. Корейская Республика придерживается мнения, что, учитывая сложность проблем юрисдикции и сферы применения, было бы предпочтительней заменить пункт I статьи 35 следующими положениями, касающимися арбитражных решений, вынесенных на территории "данного государства", арбитражных решений, вынесенных за пределами территории "данного государства" в соответствии с иностранным законом, и арбитражных решений, вынесенных за пределы территории "данного государства" в соответствии с "данным законом":

> "I) Арбитражное решение, вынесенное на территории данного государства в соответствии с данным законом, имеет для сторон силу окончательного решения суда.
>
> I-бис) Арбитражное решение, вынесенное за пределами территории данного государства в соответствии с иностранным законом, признается в соответствии с принципами взаимности и международной вежливости решением суда (или на условиях, предусмотренных в Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Нью-Йорк, I958 год).
>
> I-тер) Арбитражное решение, вынесенное за пределами территории данного государства в соответствии с данным законом или вынесенное на территории данного государства в соответствии с иностранным законом, признается в качестве обязательного для исполнения в данном государстве решения суда, принимая во внимание международное право, как это предусмотрено в статье 38 Статута Международного Суда, и с учетом всех относящихся к делу обстоятельств".

3. Австрия предлагает опустить положения главы VIII, касающиеся признания и приведения в исполнение арбитражных решений, поскольку признание и приведение в исполнение арбитражных решений, вынесенных за пределами территории заинтересованного государства, достаточно подробно рассматривается в Нью-йоркской конвенции I958 года. Положения, касающиеся признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории заинтересованного государства, не являются необходимыми, поскольку такие арбитражные решения имеют те же правовые последствия, что и решения суда; в праве Австрии не предусмотрено специальной процедуры признания и приведения в исполнение арбитражных решений; таким образом, арбитражное решение само по себе является основой для непосредственного принятия мер по его исполнению.

4. Швеция выражает сомнение в целесообразности урегулирования вопроса о признании и приведении в исполнение арбитражных решений в типовом законе, поскольку положения типового закона, касающиеся признания и приведения в исполнение арбитражных решений, в некоторых отношениях отличаются от аналогичных положений Нью-йоркской конвенции I958 года. Поскольку такие различия могут вызвать проблемы для государств, принявших эту Конвенцию, Швеция предлагает заменить в данном типовом законе положения о регулировании таких вопросов рекомендацией государствам, которые примут типовой закон, присоединиться также и к данной Конвенции.

5. Финляндия выражает мнение, что никакие положения, касающиеся признания и приведения в исполнение решений иностранных судов, не следует включать в типовой закон, за исключением тех случаев, когда они в большей степени способствуют признанию и приведению в исполнение арбитражных решений, чем положения Нью-йоркской конвенции I958 года. Это мнение основывается на том, что государство, не желающее стать участником Конвенции, не примет и типовой закон. Что касается арбитражных решений, вынесенных в государстве, в котором добиваются признания или приведения в исполнение арбитражных решений, то есть иных арбитражных решений, чем иностранные, то здесь отказ в признании или приведении в исполнение арбитражного решения следует допускать только на основаниях, упомянутых в статье 36(I)(a)(v) и (b).

6. МАЮ понимает, что для достижения приемлемой степени согласования следует создать относительно простую и четко определенную основу как для обжалования арбитражных решений, так и для их исполнения. Кроме того, для обеспечения соответствия типового закона современному международному режиму важно сохранить действие Нью-йоркской конвенции 1958 года; в случае же необходимости изменения ее действия это изменение следует осуществить таким образом, чтобы суды стран, которые примут типовой закон, а также юристы, осуществляющие свою деятельность в рамках действия этого закона, могли бы легко понять причины таких изменений. С учетом сказанного выше предлагается, чтобы в типовом законе фактически не рассматривался вопрос о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Этот вопрос следует по-прежнему рассматривать в рамках Нью-йоркской конвенции 1958 года, внося в нее поправки в виде протоколов или, как предлагалось 37/, разрабатывая более унифицированный подход к Конвенции. Что касается приведения в исполнение решений международных арбитражных разбирательств, проводимых на территории соответствующего государства, то статья 35 представляется удовлетворительной с точки зрения предусмотренных в ней соответствующих механизмов. Вместе с тем следует обратить внимание на то, что основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражных решений, изложенные в статье 36, непосредственно взяты из положений Нью-йоркской конвенции 1958 года. Эта Конвенция была специально разработана для решения вопроса о приведении в исполнение иностранных арбитражных решений; в ней предполагается, что такие решения будут находиться под контролем в судах в том государстве, в котором они были приняты. Предлагается пересмотреть статью 36 с учетом того, что "внутренние" арбитражные решения никоим образом не будут контролироваться со стороны судов в другом государстве. Иными словами, если вопрос о приведении в исполнение иностранных арбитражных решений рассматривается в отдельной статье, в которой по существу применяются критерии Нью-йоркской конвенции 1958 года (как это уже было сделано, например, в Английском арбитражном акте 1975 года), в таком случае в отдельной статье можно было бы рассмотреть и вопрос об отказе от приведения в исполнение отечественного арбитражного решения. Такая отдельная статья уже не будет строиться на предположении, что арбитражное решение контролировалось судом государства, в котором оно было вынесено.

7. По мнению Польши, имеются неясности в отношении применения Нью-йоркской конвенции 1958 года к арбитражным решениям, охватываемым настоящей главой VIII типового закона; эти неясности следует устранить в типовом законе.

8. Италия отмечает, что в соответствии с определением типового закона в целом, содержащемся в статье I, статьи 35 и 36 относятся к арбитражным решениям, вынесенным международным торговым арбитражем. Предлагается включить это положение в текст.

Требования взаимности в качестве условия признания и приведения в исполнение

9. Чехословакия предлагает добавить новое положение, в котором говорится о том, что арбитражные решения, вынесенные в стране иной, чем та, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, могут быть признаны и приведены в исполнение при условии соблюдения взаимности.

I0. Норвегия, ссылаясь на свои замечания по статьям I и 34 (см. пункт I обзора комментариев к статье I и пункт 2 обзора комментариев к статье 34), в которых она высказывается за то, чтобы критерием территориальной сферы применения типового закона была территория государства, где проводилось арбитражное разбирательство, заявляет, что естественным, если не обязательным, следствием такого подхода является принцип взаимности при осуществлении признания и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Предлагается рассмотреть возможность включения этого условия в текст, по меньшей мере, в отношении иностранных арбитражных решений, не основанных на типовом законе, то есть решений, вынесенных международным торговым арбитражем, как определено в статье I, основанных на процессуальных нормах, отличающихся от норм типового закона. Однако отмечается, что трудно отличить международные торговые арбитражные решения, основанные на типовом законе, от тех, которые на нем не основываются, из-за самой сущности понятия типового закона; если бы единообразные нормы были приняты в виде конвенции, то можно было бы легко отличить иностранные арбитражные решения, основанные на единообразных нормах (арбитражные решения, вынесенные в договаривающихся государствах), от решений, которые не основываются на них.

II. Польша, отмечая, что типовой закон не обеспечивает требования взаимности при признании и приведении в исполнение арбитражных решений, выражает точку зрения, что этот вопрос представляется сомнительным, и предлагает включить в типовой закон право подписавших документ сторон вносить оговорки по этому вопросу.

12. С тем чтобы избежать трудностей, которые могут возникнуть при применении типового закона, по крайней мере для некоторых государств, Советский Союз считает целесообразным обсудить вопрос о включении в эту статью положения, которое по примеру Нью-йоркской конвенции 1958 года позволило бы принять типовой закон при условии взаимности в отношении применения статьи 36 к международным арбитражным решениям.

13. Соединенные Штаты, ссылаясь на мнение, выраженное Рабочей группой на ее седьмой сессии 38/, заявляет, что, по их мнению, полностью сохраняется право применения любым государством статьи 35 лишь на основе взаимности, как это зафиксировано в их национальном законодательстве.

"Двойной контроль" над арбитражными решениями

14. Что касается права стороны выступать с возражениями против признания арбитражного решения и приведения его в исполнение, то Соединенные Штаты высказываются в поддержку мнения, выраженного большинством на седьмой сессии Рабочей группы, о том, что "страна должна быть свободна в выборе альтернативного порядка заявления возражений, который был принят в Нью-йоркской конвенции 1958 года и который следует сохранить в типовом законе" 39/. Это значит, что такие возражения могут быть выдвинуты или посредством процедуры отмены арбитражного решения или путем противодействия осуществлению признания и приведения в исполнение арбитражного решения. При обсуждении статей 34 и 36 на седьмой сессии Рабочей группы была выражена озабоченность по поводу возможных последствий принятия противоречивых решений судом в течение первого трехмесячного периода после вынесения арбитражного решения, вытекающих из права стороны противодействовать арбитражному решению посредством процедуры отмены арбитражного решения судом, о чем говорится в статье 6, или посредством возражения против признания арбитражного решения или приведения его в исполнение 40/. Одно из предложенных позднее решений этого вопроса состояло в том, чтобы предусмотреть императивную отсрочку принятия решений относительно признания или приведения в исполнение при условии, что началось рассмотрение просьбы об отмене арбитражного решения. По мнению Соединенных Штатов, эта проблема "двойного контроля" уже изложена в практическом плане в статье 36(2), которая предоставляет суду, в случае если испрашиваются признание или приведение в исполнение арбитражного решения, свободу действий в отношении отсрочки своего решения по данному вопросу и - в соответствующих случаях - в отношении требования к другой стороне представить обеспечение.

Статья 35. Признание и приведение в исполнение арбитражных решений

1. Индия выражает согласие с единообразным подходом к международным арбитражным решениям независимо от того, в какой стране они вынесены; однако она предлагает включить ряд положений, касающихся технических аспектов процедуры приведения в исполнение арбитражных решений с учетом трудностей, связанных с применением Нью-йоркской конвенции 1958 года.

2. Советский Союз отмечает, что в типовом законе не содержится положение, которое непосредственно определяло бы момент, когда арбитражное решение, вынесенное в "этом государстве", становится обязательным для сторон, и что статья 35(1), предусматривающая, что "арбитражное решение независимо от того, в какой стране оно вынесено, признается обязательным", не определяет этого момента. Также отмечается, что в соответствии со статьей 36(1)(v) в признании или в приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если оно "еще не стало обязательным для сторон". Предлагается считать, что если решение вынесено в иностранном государстве, то вопрос о том, когда оно становится "обязательным", должен решаться в свете законодательства этого иностранного государства, а если арбитражное решение вынесено в "этом государстве", то данный вопрос должен решаться с учетом "законодательства этого государства". Соответственно, было предложено включить на этот счет указание, предусматривающее, например, что арбитражное решение является обязательным для сторон, начиная с даты его вынесения или с даты вручения каждой стороне его копии [статья 31(3) и (4)], или что арбитражное решение, если в нем не указано иное, "подлежит немедленному приведению в исполнение" или что-нибудь в этом роде.

3. Соединенные Штаты поддерживают принцип статьи 35, который в пределах одной статьи обеспечивает единообразные условия для признания и приведения в исполнение решений международного торгового арбитража независимо от места их вынесения. Указывается, что, как отметила Рабочая группа на своей пятой сессии, включение положений о признании и приведении в исполнение не только внутренних, но и иностранных арбитражных решений в стране, принявшей типовой закон, можно рассматривать как "важный шаг к созданию в дополнение к ряду многосторонних и двусторонних документов односторонней системы признания и приведения в исполнение

иностранных арбитражных решений" 41/. Соединенные Штаты выражают удовлетворение тем, что формулировка статьи I(I), специально предусматривающая, что положение типового закона "подчиняются любому многостороннему или двустороннему соглашению, заключенному данным государством", позволяет избежать любых несоответствий между правовым режимом типового закона и Нью-йоркской конвенцией I958 года. Вероятность конфликта между этими двумя режимами в еще большей степени уменьшается благодаря положению статьи VII(1) Нью-йоркской конвенции I958 года о "более благоприятном праве".

Статья 36. Основания для отказа в признании и приведении в исполнение

Статья 36, пункт I

I. Аргентина выражает мнение, что статья 36 должна интерпретироваться в том смысле, что арбитражное решение не будет признаваться, когда суд найдет, что арбитражный суд рассматривал дело, не располагая соответствующей юрисдикцией, или что он нарушил сферу исключительной компетенции суда, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение.

2. Соединенные Штаты, отмечая, что положение статьи 36(I) охватывает международные арбитражные решения независимо от места, где они были вынесены, подчеркивают, что пересмотр положений этой статьи свидетельствует о том, что не все основания для отказа в признании или приведении в исполнение могут одинаково быть применимы как к "внутренним", так и к "иностранным" арбитражным решениям. По мнению Соединенных Штатов, каждое из этих положений должно быть пересмотрено на следующей сессии Комиссии в свете решения, которое предстоит принять по территориальной сфере применения типового закона.

3. По мнению Финляндии, основания для признания или приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства, где изыскивается признание или приведение в исполнение, следует ограничить основаниями, упомянутыми в статье 36(I)(a)(v) и 36(I)(b), см. пункт 5 обзора комментариев по главе VIII типового закона.

Статья 36, пункт I (a)(i)

4. По мнению Кипра, необходимо улучшить редакцию фразы в пункте I(a)(i) "в отсутствие такого указания"; эту фразу предлагается заменить фразой "или при невозможности такого выбора закона сторонами".

Статья 36, пункт I (a)(ii)

5. Кипр делает два замечания по пункту I(a)(ii). Одно замечание касается слов "должным образом" и содержится в пункте I0 обзора комментариев по статье 34. Второе замечание касается выражения "по другим причинам не могла представить свои объяснения", которое рассматривается как имеющее очень широкий смысл; полагают, что должны быть даны четкие объяснения причин, почему они не были представлены, и что суду должна быть предоставлена свобода действий в отношении отказа в признании или приведении в исполнение в том случае, когда он сочтет приведенную причину достаточно разумной в сложившихся обстоятельствах.

6. Замечание Венесуэлы по типовому закону на испанском языке, относящееся как к статье 36(I)(a)(ii), так и к статье 34(2)(a)(ii), см. пункт I2 обзора комментариев по статье 34.

Статья 36, пункт I(a)(iv)

7. По мнению Кипра, фраза в пункте I(a)(iv) "арбитражная процедура не соответствовала соглашению" имеет настолько широкий смысл, что она дает стороне основания для возражений в связи с незначительными отклонениями от правил процедуры.

8. По мнению Мексики, фраза в пункте I(a)(iv) "не соответствовала закону той страны, где имел место арбитраж" не совместима с пунктом 3 статьи II, который предусматривает правила процедуры для арбитражного суда в том случае, когда стороны не достигли договоренности по такой процедуре. Соответственно, речь идет не о следовании "закону страны, где имел место арбитраж", а о следовании этому закону, то есть типовому закону. Кроме того, предложенное решение и использование предложенной терминологии соответствовали бы положению статьи 34(2)(a)(iv).

Статья 36, пункт I(b)(ii)

9. По мнению Индии, термин "public policy" в пункте I(b)(ii) является слишком неопределенным и ведущим к противоречивым толкованиям.

I0. Катар отмечает, что статья 36 регулирует вопрос об отказе в признании или приведении в исполнение арбитражного решения в любом государстве, которое примет типовой закон, и что в соответствии с пунктом I(b)(ii) отказ в признании или приведении в исполнение арбитражного решения может иметь место, когда признание или приведение в исполнение арбитражного решения противоречит публичному порядку (или официальной политике) соответствующего государства. Считается, что в тех случаях, когда арбитражное решение является правильным и обязательным в одной стране, так что вопрос сводится к простому признанию или приведению в исполнение этого арбитражного решения в другой стране, публичный порядок страны, где осуществляется признание или приведение в исполнение, должен рассматриваться в самом узком смысле, то есть только в рамках судебного разбирательства, необходимого для признания или приведения в исполнение. Это разбирательство обычно предусматривает принудительные меры в отношении выплаты денежной суммы или применение других мер исполнительного характера, которые сами по себе независимо от предмета спора и правовых норм, применяемых арбитражным судом, не являются нарушением публичного порядка страны. Эти правовые нормы, применяемые к предмету спора, могут рассматриваться как не совместимые с публичным порядком страны, где осуществляется признание или приведение в исполнение, хотя они не считаются не совместимыми с публичным порядком страны, где или в соответствии с законом которой выносится арбитражное решение. Там, где права сторон выражаются в денежной форме посредством признания собственности или иным способом, фактически не влияющим на публичный порядок страны, где испрашивается признание или приведение в исполнение, публичный порядок не должен выдвигаться в качестве причины отказа в признании или приведении в исполнение. В противном случае это означало бы пересмотр спора, по которому уже принято решение, и в результате таких действий арбитражное разбирательство оказалось бы излишним, а доверие, необходимое в сделках вообще и в международных сделках в частности, было бы подорвано. В поддержку своей точки зрения Катар отмечает, что во многих государствах, и в том числе в Соединенных Штатах Америки, существуют законодательные положения и соответствующее прецедентное право, предусматривающие такое строгое толкование публичного порядка. Соответственно, Катар предлагает включить в конец пункта I(b)(ii) следующий текст:

> "При рассмотрении вопроса о том, соответствует ли арбитражное решение официальной политике государства, не следует пересматривать предмет спора, постановление по которому определяется этим арбитражным решением, и это рассмотрение должно касаться только разбирательства или действий, необходимых для признания или приведения в исполнение".

Предложенное дополнение к статье 36

II. Норвегия предлагает включить в статью 36 следующий новый пункт:

> "2-бис) Если заявление об отмене арбитражного решения не сделано в течение срока, предписанного статьей 34(3), сторона, против которой изыскивается признание или приведение в исполнение, не может выдвигать никаких других возражений, кроме указанных в подпункте (a)(i) или (v) или подпункте (b) пункта I этой статьи".

C. Замечания по дополнительным пунктам

Предложения о добавлении некоторых определений

Встречный иск

I. Норвегия и Соединенные Штаты отмечают, что в типовом законе нет ссылки на встречный иск и что, по мнению Рабочей группы, любое положение типового закона, касающееся иска, будет распространяться mutatis mutandis и на встречный иск 42/. Тем не менее Норвегия предлагает в целях внесения ясности и для общего сведения включить в статью 2 положение о том, что в случае отсутствия иного заявления любое положение, касающееся исков, будет распространяться mutatis mutandis на встречный иск; однако указывается, что необходимо тщательно изучить исключения из этого принципа, уравнивающие встречный иск с иском. Соединенные Штаты считают желательным включить в типовой закон разъяснение, которое допускало бы

встречные иски и регулировало бы их; они также предлагают сделать это либо посредством добавления ссылки на встречный иск в статье 23(I) и (2) [также в статье I6(2)], либо посредством включения общего положения в статью 2 о том, что упомянутые ссылки на иски и возражения по иску распространяются mutatis mutandis и на встречный иск.

2. Мексика предлагает добавить после первого предложения статьи 23(I), касающейся заявления о возражении по иску в отношении конкретных аспектов заявления по иску, слова "или в соответствующих случаях заявить встречный иск".

3. Чехословакия предлагает добавить в соответствующем месте следующее положение:

"До окончания слушания дела арбитражный суд имеет право проводить разбирательство также и по встречным искам, подпадающим под арбитражное соглашение, и по искам, представленным в качестве встречного требования в форме возражения по иску".

Это государство

4. Мексика предлагает добавить к статье 2 определение выражения "это государство", как оно употребляется в различных местах типового закона, указывающее, что под этим понимается страна, принявшая типовой закон.

Сторона

5. Индия предлагает добавить к статье 2 подпункт, определяющий "сторону" как "физическое или юридическое лицо, ставшее стороной в арбитражном соглашении, независимо от того, названо ли данное лицо по имени или просто указано в соглашении".

Компетентный орган

6. Германская Демократическая Республика считает, что термин "компетентный орган" используется в статье II, однако в типовом законе ему не дано определение. Она предлагает включить в статью 2 определение данного термина.

Арбитражное решение

7. Мексика предлагает указать в статье 2 те типы решений арбитражного суда, которые должны называться "арбитражными решениями", в соответствии с названием, содержащимся в статье 34(I) и в других статьях, в которых различаются разные виды арбитражных решений [то есть статья I6(3)]. (Что касается типов арбитражных решений, которые могут отменяться в соответствии со статьей 34, см. замечания Австрии, Норвегии и Польши по статье I6 (пункт 7 обзора комментариев по статье I6) и замечания Японии по статье 34 [пункт 7 обзора комментариев по статье 34)].

Предложения о новых положениях, касающихся дополнительных вопросов

Определение предельных сроков

8. Норвегия предлагает включить общее положение об определении предельных сроков, в частности, в отношении того, следует ли учитывать первый и/или последний день срока и продление периода, которые в противном случае истекали бы в неприсутственный день в суде [ссылка на статьи 28 и 29 Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, I984 год) 43/].

Бремя доказательства

9. Советский Союз считает, что с практической точки зрения было бы целесообразно по модели статьи 24 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, других известных международных и национальных регламентов, а также арбитражных законов включить в типовой закон (например, в качестве статьи 24-бис) указание на то, что на каждую сторону возлагается бремя доказательства тех фактов, на которые она ссылается, и что арбитры имеют право требовать от сторон представления дополнительных доказательств. Хотя эти вопросы могут быть решены, по меньшей мере, косвенным путем в соответствии с общим правилом, содержащимся в статье I9(2), важность этих вопросов является достаточным основанием для их регламентации в типовом законе в более определенной и прямой форме.

I0. С тем чтобы внести ясность в вопрос об ответственности сторон и арбитражного суда, по мнению Соединенных Штатов, было бы целесообразно добавить к статье 24 заявление, касающееся бремени доказательства, а именно: "на каждую сторону возлагается бремя доказательства тех фактов, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений по иску". Аналогичная формулировка содержится в статье 24(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. В случае отсутствия такой формулировки некоторые стороны, возможно, не будут со всей ответственностью относиться к рассматриваемому вопросу, или некоторые арбитражные суды могут неправильно толковать свою роль в качестве ведущих расследование.

Свидетельские показания

II. Соединенные Штаты предлагают, чтобы два аспекта арбитражной процедуры, касающиеся представления показаний свидетелями, содержались в конкретных положениях типового закона. Во-первых, было бы разумно добавить положение о том, что "арбитражный суд вправе по своему усмотрению определять способ допроса свидетелей, если стороны не договорились об ином". Эти слова взяты из статьи 25(4) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Данное право уже подразумевается в статье I9(2) типового закона, которое предоставляет арбитражному суду свободу действий проводить арбитражное разбирательство так, как он сочтет это целесообразным при условии согласия сторон и в соответствии с другими положениями типового закона. Однако вопрос о том, каким образом следует допрашивать свидетелей, возникает в ходе почти всех международных арбитражных разбирательств, и было бы полезно иметь специальное положение, на которое можно было бы ссылаться в подтверждение того, что этот вопрос решается самим арбитражным судом. Во-вторых, Соединенные Штаты предлагают включить положение о том, что "показания свидетелей могут быть представлены также в форме письменных заявлений, подписанных ими". Включение такого положения в типовой закон, как это сделано в статье 25(5) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, внесло бы ясность в вопрос о том, что этот полезный и иногда необходимый метод представления показаний доступен сторонам при рассмотрении дел в международном торговом арбитраже.

Вопросы коллизионных норм

I2. Германская Демократическая Республика отмечает, что типовой закон не содержит правил по некоторым коллизионным нормам, например правил в отношении законов, применимых к арбитражным соглашениям, и законов, применимых к арбитражному решению по существу спора, и что предварительные проекты содержали предложения о таких правилах, которые, как представляется, соответствуют характеру и цели типового закона. Предлагается вновь рассмотреть вопрос о целесообразности включения такого рода правил.

Издержки, связанные с проведением арбитражного разбирательства

I3. Германская Демократическая Республика, Катар и Швеция предлагают, чтобы в типовом законе нашел отражение вопрос об издержках на арбитражное разбирательство. По мнению Германской Демократической Республики, типовой закон должен регулировать принципы, касающиеся вопросов об издержках, включая распределение издержек и обязательства о внесении аванса, и что статьи 38, 40(I) и 4I(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ могут служить образцом такого рода регламентирования. Катар предлагает включить положения, касающиеся арбитражных издержек, внесения авансов на арбитражные издержки и распределения окончательных сумм издержек между сторонами. Подчеркивая важность такого рода положений для надлежащего осуществления международного арбитража, Катар предлагает, чтобы в качестве образца в ходе разработки этих положений были использованы статьи 38 и 40 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Швеция, считая важным вопрос об арбитражных издержках, подчеркивает, что типовой закон достаточно детально разработан по другим аспектам и что поэтому отсутствие положения об издержках воспринимается как недоработка.

I4. Что касается предложения Финляндии о невыплате стороной своей доли аванса арбитрам, см. пункт I обзора комментариев к статье II.

Другие замечания

Внесение изменений и дополнений в контракты

I5. Федеративная Республика Германии отмечает следующее: вопрос о том, должен ли арбитражный суд иметь полномочия вносить изменения в контракт, с тем чтобы привести его в соответствие с изменившейся ситуацией, или вносить поправки, рассматривается в широком международном масштабе. Федеративная Республика Германии считает, что отсутствие положения по этому пункту свидетельствует об отсутствии намерения предоставить арбитражному суду такого рода полномочия. Делегация Федеративной Республики Германии выступала против включения такого положения в типовой закон и продолжает придерживаться этой точки зрения. Существует мнение, что аргумент против включения положения по данному вопросу основывается не столько на том, что изменение контрактов затрагивает вопросы материального права, в то время как типовой закон является процессуальным законом, сколько на том, что деятельность арбитражного суда сосредоточивается на вопросах толкования и применения договорных соглашений и правовых положений. Полномочия изменять контракты и вносить в них поправки, которыми, например, располагают государственные суды Федеративной Республики Германии, часто оказываются наилучшим средством урегулирования споров с точки зрения справедливого соблюдения интересов. Тем не менее представляется, что положение такого рода было бы неуместным в типовом законе. Если стороны в арбитражном соглашении предусматривают возможность вносить изменения и поправки в контракт, то арбитражный суд может принять соответствующие меры. Согласие такого рода не обязательно должно иметь форму expressis verbis; оно вытекает из самой сути и цели соглашения. Однако если стороны не заинтересованы в таком арбитраже, то его не следует им навязывать.

Комментарий к типовому закону

I6. По мнению КЕС было бы желательно, чтобы Комиссия приняла доклад параллельно с типовым законом. В первой части такого доклада должно даваться пояснение относительно положения типового закона в системе международного права; указываться, какая процедура может быть применена для включения типового закона в национальную правовую систему; а также рассматриваться вопрос об отношении типового закона, внедренного в правовую систему государства, к международным соглашениям, к которым присоединилось государство, и о его отношении к другим арбитражным правовым нормам государства. Отмечается, однако, что, учитывая разнообразие правовых систем, которые могут принять типовой закон, такой доклад может содержать лишь общие руководящие принципы, предназначенные, главным образом, для тех государств, которые в меньшей степени знакомы с арбитражной процедурой. В своей второй части доклад должен содержать постатейный аналитический комментарий к типовому закону, в котором кратко излагались бы причины принятия тех или иных решений.

Составление проекта

I7. Советский Союз высказывает соображения относительно того, что на сессии Комиссии внимание будет обращено на необходимость выработки соответствующих в языковом отношении вариантов типового закона с целью унифицировать используемую терминологию (а именно понятия "страна" и "государство", особенно в статьях 35 и 36), на названия отдельных глав и статей и на другие аналогичные вопросы.

I8. МАЮ предлагает пересмотреть текст еще раз с целью убедиться в правильности использования слов "территория", "страна" и "государство" в соответствующих контекстах.

I/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее четырнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № I7 (A/36/I7), пункт 70.

2/ См. Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее третьей сессии (A/CN.9/216).

3/ См. Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее четвертой сессии (A/CN.9/232).

4/ См. доклады Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее пятой и шестой сессий (A/CN.9/233 и A/CN.9/245).

5/ См. Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее седьмой сессии (A/CN.9/246).

6/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № I7 (A/39/I7), пункт I0I.

7/ Комментарии, полученные после этого срока, будут представлены в кратком виде в отдельном документе (A/CN.9/263/Add.I).

8/ Буркина Фасо, Чили и ЮНИДО сообщили, что у них нет конкретных замечаний.

9/ Правительство Союза Советских Социалистических Республик представило комментарии в виде замечаний советских экспертов. Для удобства эти замечания в дальнейшем будут именоваться как замечания Советского Союза.

I0/ Можно отметить, что промежуточное совещание (Лозанна, 9-I3 мая I984 года) Международного совета по торговому арбитражу (МСТА) было посвящено исключительно рассмотрению проекта типового закона; доклады, представленные на рассмотрение промежуточного совещания, и доклад о ходе работы содержится в Проекте ЮНСИТРАЛ типового закона о международном торговом арбитраже, Международный совет по торговому арбитражу, серия документов Конгресса № 2, главный редактор Питер Сандорс (Девентер, Клювер, I984 год).

II/ Международная ассоциация юристов (Отдел торгового права, Комитет D по процедуре урегулирования споров) отмечает, что членами Ассоциации являются представители различных стран и поэтому не представляется возможным сформулировать единое мнение Ассоциации относительно текста типового закона, однако представляется очевидным, что подавляющее большинство членов Ассоциации приветствуют цели этого проекта и надеются на его успешное осуществление.

I2/ Поскольку представитель АМП принимал участие в заседаниях Рабочей группы, в ходе которых разрабатывался этот текст, по мнению этой Ассоциации, не представляется целесообразным представлять какие-либо дополнительные комментарии.

I3/ Обозначения докладов соответствующих сессий Рабочей группы приводятся в сносках 2-5, выше.

I4/ Другие комментарии, касающиеся территориальной сферы применения типового закона или конкретных положений, отражены, в частности, в пунктах 2-4 обзора комментариев к статье 34, а также в пунктах 2, 5 и 6 обзора комментариев к статье 6, в пункте II обзора комментариев к статье I3, пунктах I и 3 обзора комментариев к статье 27 и пунктах 2-8 обзора комментариев к главе VIII типового закона ("Признание и приведение в исполнение арбитражных решений").

I5/ A/CN.9/246, пункт I67.

I6/ A/CN.9/245, пункт I63.

I7/ A/CN.9/233, пункт 60; A/CN.9/245, пункт 166; A/CN.9/246, пункт 162.

I8/ A/CN.9/246, пункт I57.

I9/ Там же, пункты I76-I77.

20/ A/CONF.89/13, приложение I.

21/ A/CN.9/246, пункт 26.

22/ Там же, пункт 48.

23/ Там же, пункт 5I.

24/ Там же, пункт 55.

25/ Там же, пункты 53-56. Рабочая группа рассмотрела текст статьи I7 в следующем виде:

"Статья I7. Одновременный контроль суда

I) [Несмотря на положения статьи I6,] сторона может [в любое время] просить суд, указанный в статье 6, принять решение о том, существует ли действительное арбитражное соглашение и [если арбитражное разбирательство началось] обладает ли арбитражный суд компетенцией [в отношении переданного ему спора].

2) До вынесения судом такого решения арбитражный суд может продолжать разбирательство [если суд не вынесет постановления о приостановлении арбитражного разбирательства]".

26/ Там же, пункт 56.

27/ Там же, пункт 63.

28/ Там же, пункт I67.

29/ Там же, пункт 77.

30/ Там же, пункт 78.

3I/ Там же, пункт 96.

32/ Там же, пункт 97.

33/ A/CN.9/245, пункт 94.

34/ Там же, пункты 98-99.

35/ Pieter Sanders, "Model rules for international commercial arbitration: UNCITRAL Arbitration Rules", Proceedings of the Fifth International Arbitration Congress, New Delhi 1975, Part C.

36/ A/CN.9/246, пункт I26.

37/ A.J. van den Berg, The New York Convention of 1958,(Deventer, Kluwer 1981).

38/ A/CN.9/246, пункт I44.

39/ Там же, пункт I54.

40/ Там же, пункт I52.

41/ A/CN.9/233, пункт I29.

42/ A/CN.9/246, пункты 73 и I96.

43/ A/CONF.63/15.

/A/CN.9/263/Add.1/

Добавление

ВВЕДЕНИЕ

I. В настоящем добавлении к документу A/CN.9/263 содержится обзор комментариев, полученных в период с 3I января по 29 марта I985 года от следующих государств и международных организаций: Канада, Судан, Югославия, Афро-азиатский консультативно-правовой комитет (ААКПК) I/, Гаагская конференция по международному частному праву (Гаагская конференция) 2/ и Международная торговая палата (МТП) 3/.

2. Структура и метод изложения в настоящем добавлении аналогичны документу A/CN.9/263 4/.

АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОБЗОР КОММЕНТАРИЕВ

A. Общие комментарии к проекту текста

I. По мнению Канады, типовой закон является важным шагом на пути к созданию простого, практичного набора правил, который облегчит проведение международных арбитражных разбирательств и обеспечит признание их решений. В целом положения типового закона хорошо разработаны и содействуют достижению таких главных целей международного торгового арбитража, как обеспечение быстрого разбирательства при разумном уровне расходов, оказание ограниченного, но эффективного судебного содействия и обеспечение беспристрастности разбирательства. Как представляется, ни одна из проблем редакционного и процедурного характера, содержащихся в типовом законе, не отражает концепции, которая была бы неприемлема для Канады или противоречила бы основополагающим принципам ее двух правовых систем - общего права и гражданского права.

2. По мнению МТП, несоответствие различных национальных арбитражных законодательств и трудности, которые международные деловые круги испытывают, пытаясь предопределить, как какой-либо спор будет разрешен в рамках одной правовой системы, и как решение по этому спору будет исполнено в рамках другой судебной системы, настоятельно требуют согласования законодательств, регулирующих разрешение споров, которые возникают при международных сделках. Важные шаги в этом направлении уже сделаны благодаря принятию многочисленных двусторонних и многосторонних соглашений и конвенций. Такую задачу по согласованию представляется целесообразным выполнить, разработав типовой закон, а не конвенцию, которую, как показывает опыт, большинство стран примет менее охотно и лишь при условии включения в нее важных оговорок, которые уменьшат значение конвенции как единообразного международного акта. Идея о необходимости принятия типового закона по-разному будет воспринята, с одной стороны, промышленно развитыми странами, которые обладают устоявшимися коммерческими традициями и опытом разрешения споров, и, с другой стороны, странами, которые еще только входят в международное торговое сообщество. Поэтому МТП считает, что типовой закон не должен ни ограничивать свободу сторон приспосабливать свои арбитражные процедуры, ни сдерживать существующие в различных районах мира концепции и практику. Типовой закон обеспечивает создание стандартной общепризнанной структуры, которая необходима для осуществления законной процедуры, беспристрастности и равенства, то есть основополагающих принципов правосудия. Поэтому в отношении отдельных вопросов, затронутых в типовом законе, по которым среди торговых стран существуют принципиальные расхождения во мнениях, концепциях и традициях, МТП предпочитает не изменять уже действующие в различных странах концепции и практику, а обеспечить их свободное развитие. Например, детально разработанному правилу, обеспечивающему высокую степень точности и определенности в отношении конкретной проблемы, которая по-разному решается в различных странах, МТП предпочитает использовать подход, при котором типовой закон служит для принятия общей основы. Типовой закон, который навязывает решения, определяемые принимающими странами как чужеродные, по-видимому, не будет общепринятым, и, следовательно,приведет к обратным результатам.

B. Конкретные комментарии по отдельным статьям

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья I. Сфера применения

Территориальная сфера применения

I. ААКПК, отмечая, что типовой закон не содержит каких-либо положений, касающихся территориальной сферы применения, не считает необходимым включать в типовой закон территориальные ограничения.

Зависимость типового закона от международного договорного права

2. ААКПК рекомендует заменить в пункте I слова "заключенного этим государством" словами "которая имеет силу в этом государстве".

Основная сфера применения: "международный торговый арбитраж"

"Торговый"

3. В отношении термина "торговый" Канада признает, что, хотя в соответствии с практикой составления документов не обязательно помещать в сноске определение термина, любой орган правосудия, считающий необходимым дать определение термина "торговый" будет применять собственные методы редактирования и толкования. По мнению Канады, термин "торговый" охватывает предпринимательскую деятельность правительств и их учреждений, включая займы с повышенным риском, предоставляемые суверенным государствам, однако необходимо ясно указать, если преследуются другие цели, что этот термин не охватывает такие правительственные мероприятия и займы. Желательно включить в типовой закон такие мероприятия, предоставив правительству, изъявившему намерение воздержаться от таких действий, право отразить этот факт в своем законодательстве.

4. ААКПК рекомендует включить определение термина "торговый" не в иллюстративный список, а в текст статьи I.

5. По мнению МТП, нецелесообразно оставлять определение термина "торговый" в сноске к статье. Данный термин имеет важное значение для определения сферы применения типового закона, и его следует включить непосредственно в типовой закон. МТП не считает, что типовой закон должен привести к согласованию понятия "торговый". Напротив, необходимо с пониманием отнестись к различным толкованиям и значениям разных стран, с тем чтобы примеры, которые впоследствии войдут в типовой закон, были точными и использовались в качестве руководящих указаний лицами, участвующими в арбитражном разбирательстве. Кроме того, МТП считает необходимым включить в такой закон для обеспечения его действенности положение, указывающее на применимость закона к торговым сделкам, осуществляемым суверенными государствами и государственными предприятиями.

"Международный"

6. В отношении термина "международный" МТП считает приемлемым компромиссное решение, содержащееся в статье I(2). МТП понимает этот термин как охватывающий общий случай, когда две стороны, имеющие свои коммерческие предприятия в одной и той же стране, заключают договор, подлежащий выполнению за границей.

Места, помимо тех, в которых располагаются коммерческие предприятия, которые определяют международный характер арбитража (статья I, пункт 2(b))

7. Канада отмечает, что некоторые из сторон, с которыми проводились консультации, включая правительственные органы канадских провинций, выразили озабоченность в связи с тем, что в соответствии с пунктом 2(b) арбитраж считается международным лишь на основании того факта, что место арбитража было выбрано за пределами действия юрисдикции государства. Такое положение может санкционировать поиск наиболее выгодного места арбитража, что, возможно, будет неприемлемым для некоторых государств.

Еще одно свидетельство международного характера арбитража (статья I, пункт 2(c))

8. Канада считает, что пункт 2(c) лишен ясности. Канаде не ясна цель данного подпункта, и она считает маловероятным введение в действие такого положения многими юрисдикциями, особенно теми, которые применяют общее право.

9. Югославия считает слишком широким определение термина "международный" в статье I, поскольку в соответствии с пунктом 2(c) арбитражное решение считается международным, если обе стороны имеют свои коммерческие предприятия в одном и том же государстве при условии, что "предмет арбитражного соглашения каким-либо иным образом связан с более чем одним государством". Кроме того, такое определение международного торгового арбитража подразумевает возможность рассмотрения арбитражным судом вопросов по существу спора в целях определения своей компетенции, что противоречит существующей международной практике. Поскольку такое решение может создать сложные ситуации, предлагается упростить статью I с целью дать эффективное определение компетенции арбитражного суда. Решения, содержащиеся в статье I, противоречат югославским законам и нормам, и высказывается опасение, что это может явиться одной из причин отрицательного отношения к типовому закону в целом. Определение, содержащееся в статье I, отражено, в частности, в статьях 35 и 36, в соответствии с которыми принятое на местном уровне арбитражное решение может в некоторых случаях быть основанием для экзекватуры, что противоречит практике Югославии, а также многих других стран. Предлагается пересмотреть определение, содержащееся в статье I, и дать его новую формулировку в соответствии с принятой международной практикой и решениями, предусмотренными в действующих конвенциях, касающихся признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Статья 2. Определения и правила толкования

Комментарии к статье в целом

I. ААКПК, отмечая, что в статье 2 содержатся определения конкретных терминов и правил толкования, рекомендует образовать две самостоятельные статьи, озаглавленные: "Определения" и "Правила толкования", содержащие соответственно положения, излагающие определения, и положения, касающиеся правил толкования. Представляется целесообразным поместить статью, содержащую правила толкования, в заключительной части типового закона.

Статья 2, подпункт (c)

2. По мнению Гаагской конференции, подпункт (c) представляется несовместимым с положениями статьи 28 типового закона. Свобода сторон выбирать право, применимое к существу спора, является основополагающим принципом международного частного права. Желательно предоставлять сторонам возможность на основании положений типового закона поручать этот выбор третьей стороне или, что еще менее желательно, такому учреждению, как Международная торговая палата (которая, кроме того, должна заявить о своей некомпетентности в этом вопросе). Следует ограничить действия сторон, предоставив им либо возможность выбора применимого права, и в этом случае арбитражный суд обязан считаться с их выбором, либо, если стороны не достигли согласия, арбитражный суд, и только он, вынесит решение о применимом праве в соответствии со статьей 28(2). (В этой связи указывается на нецелесообразность обсуждения вопроса о равнозначности разрешения, выданного арбитражному суду свободно выбирать право, применимое к существу спора, без какой-либо ссылки на коллизионную норму, разрешению принимать решение в качестве дружеского посредника, как это предусмотрено в статье 28(3).) Поэтому в данное положение статьи 2(c) следует внести оговорку, касающуюся статьи 28.

Статья 2, подпункт (e)

3. По мнению Канады, каждое государство должно обсудить методы доставки письменного сообщения каждой системой, о которых говорится в подпункте (e), с учетом правил доставки, на которые согласно государство в случае судебного разбирательства, а также местных обстоятельств. Например, согласно судебному регламенту, сообщение может считаться полученным в течение определенного срока, прошедшего со времени отправки.

Статья 4. Отказ от права на возражение

I. По мнению Югославии, общее правило о предполагаемом отказе от права на возражение может представлять собой несправедливую и суровую санкцию, которая, в то же время, значительно расширяет полномочия арбитражного суда. Требование "без промедления" также является слишком строгим, особенно если сторона из развивающейся страны, поскольку это ставит не заявившую возражения сторону в чрезвычайно невыгодное положение. Предлагается вместо общего правила, касающегося непредставления стороной возражения, рассматривать непредставление стороной возражения в каждом конкретном случае с учетом всех соответствующих обстоятельств.

2. По мнению ААКПК, термин "без промедления" неясен, и он считает целесообразным установить срок для представления возражения.

3. Канада считает неясным английский вариант данной статьи. Имеется ли здесь в виду несоблюдение закона или несоблюдение договоренностей в результате частичных отступлений от закона? Если речь идет о несоблюдении закона, то, может быть, это положение следует читать: "от которого стороны не могут отступать", а не "от которого стороны могут отступать". Однако текст на французском языке, по-видимому, подразумевает второй случай; если это верно, то двусмысленность варианта на английском языке можно устранить, добавив после слов "несоблюдения" слова "договоренностей в результате отступления от закона или от требований данного арбитражного соглашения".

Статья 5. Объем вмешательства суда

ААКПК предлагает заменить заголовок статьи 5 на следующий: "Ограничение вмешательства суда".

Статья 6. Суд для выполнения определенных вспомогательных функций и функции надзора в отношении арбитража

I. Югославия, отмечая, что в этой статье речь идет о компетенции Суда в рамках правовой системы, а не о вопросе его международной юрисдикции, предлагает принять решение, в соответствии с которым международная юрисдикция будет в первую очередь предоставляться в принципе суду государства, нормам процессуального права которого стороны согласились подчинить свой арбитраж; при отсутствии такого соглашения юрисдикция будет зависеть от места арбитража. Отмечается, что проблема будет возникать там, где стороны не достигли соглашения, и там, где не было определено место арбитража, если требуется вмешательство суда до начала арбитражного разбирательства.

2. По мнению ААКПК, следует внести ясность в вопрос о том, что суды, назначаемые национальным органом, должны обладать юрисдикцией для рассмотрения вопросов, касающихся типового закона. Предлагается изменить эту статью следующим образом:

"Статья 6. Суды, обладающие юрисдикцией для выполнения функций, предусмотренных в типовом законе

Судами, обладающими юрисдикцией для выполнения функций, предусмотренных в типовом законе, являются ...".

ГЛАВА II. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения

Комментарии к статье в целом

I. ААКПК предлагает разбить эту статью на две статьи: в первой речь пойдет об определении арбитражного соглашения, а во второй - о форме арбитражного соглашения.

Статья 7, пункт I

2. По мнению Канады, слово "определенными", стоящее перед словом "правоотношениями", по-видимому, вызывает сомнения. Выражение "определенными правоотношениями" не отражает какой-либо конкретной концепции в общем праве и ставит вопрос о том, где было дано определение правоотношениям, - в законе, договоре или еще где-либо. Поэтому возникает вопрос о том, является ли это слово необходимым.

3. ААКПК рекомендует заменить в пункте I выражение "определенными правоотношениями" выражением "определенными правовыми вопросами" или "определенными правовыми спорами".

Статья 7, пункт 2

4. По мнению Канады, в пункте 2 должны быть предусмотрены операции, осуществляемые без бумажных документов, то есть автоматическая обработка данных в международной торговле.

5. Канада отмечает, что, когда в договор включаются условия другого договора и этот другой договор содержит арбитражную оговорку, на практике неясно, включается ли арбитражная оговорка в первый договор. Предполагается, что такое включение путем ссылки отражено в формулировках, содержащихся в пунктах I и 2; однако если имеются какие-либо сомнения, следует внести четкость, указав, что такое включение отражено в статье. Одним из возможных путей может стать добавление соответствующих слов в пункт 2, с тем чтобы арбитражная оговорка, в том случае если договор включает условия другого договора и другой договор содержит арбитражную оговорку, рассматривалась как включенная в первый договор.

6. ААКПК, рассматривая вопрос о том, следует ли подпись на документе ставить от руки или ее можно воспроизвести механическими средствами, рекомендует, чтобы вопрос о форме подписи был оставлен на усмотрение национальных законодательств.

7. Югославия предлагает дополнить эту статью, с тем чтобы дать возможность сторонам, несмотря на несоблюдение требования о письменной форме, объявить арбитражное соглашение действительным (например, путем принятия участия в слушании по существу спора без представления возражений или посредством заявления ответчика, которое регистрируется в протоколе арбитражного разбирательства и которое ответчик доводит до сведения арбитражного суда). В положении о письменной форме, содержащемся в настоящей статье, должно четко указываться, что его следует толковать не как положение, направленное на защиту государственных интересов, а как положение, направленное на защиту частных интересов. Отмечается, что правила, требующие доказательства арбитражного соглашения в экзекватурном разбирательстве (статья 35), могут быть смягчены за счет включения положения о том, что сторона, требующая признания или приведения в исполнение решения, должна представить доказательства, предоставляющие другой стороне законные основания обращаться в арбитраж, что не обязательно означает, что арбитражное соглашение в письменной форме должно представляться в качестве доказательства.

Предлагаемое дополнение к статье 7

8. МТП, отмечая, что типовой закон предназначается для применения в странах с различными правовыми системами и нормами толкования, выражает мнение, что формулировка юрисдикции арбитражных учреждений должна быть в максимальной степени четкой и что следует включить положение о возможной коллизии между нормами типового закона и нормами этого учреждения. Предлагается добавить следующий пункт в статью 7:

> "I-бис) В тех случаях, когда стороны согласились передавать все или любые споры, конкретно оговоренные в статье 7(I), на арбитраж, проводимый постоянным арбитражным учреждением, арбитраж осуществляется в соответствии и согласно правилам такого арбитражного учреждения, если они не противоречат или не являются несовместимыми с обязательными положениями настоящего закона, который должен превалировать в случае возникновения конфликта между ними".

Статья 8. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде

Статья 8, пункт I

I. Канада считает, что пункт I сформулирован нечетко. Вопрос состоит в том, имеет ли он целью лишь сохранение иска, полный отказ от его рассмотрения судом, или же, возможно, передачу этого вопроса на усмотрение законодательных органов, принимающих типовой закон.

2. Югославия отмечает, что, когда суд государства приходит к заключению о своей некомпетентности решать спор, этот суд, как правило, не предлагает сторонам обращаться к конкретному учреждению с просьбой о разрешении их спора. Это решение должно быть оставлено на усмотрение сторон. Обращение в арбитраж может быть не единственным (или лучшим) решением для сторон.

3. ААКПК предлагает опустить слова "не может быть исполнено", поскольку они представляются излишними.

Статья 8, пункт 2

4. ААКПК рекомендует изменить формулировку пункта 2 следующим образом:

"Когда в таких случаях арбитражное разбирательство уже начато, арбитражный суд продолжает свое разбирательство, если суд не отдаст промежуточного распоряжения о временном прекращении разбирательства".

ГЛАВА III. СОСТАВ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Статья I0. Число арбитров

I. Судан предлагает для большей полноты и ясности добавить в статью I0 новый пункт следующего содержания:

"3) Несмотря на пункт I настоящей статьи, в тех случаях, когда в состав арбитражного суда входит более одного арбитра, число арбитров должно быть нечетным".

Это предложение направлено на урегулирование возможного назначения сторонами в их соглашении четного числа арбитров.

2. МТП считает, что, поскольку стороны могут достигнуть соглашения в отношении любого числа арбитров, необходимо предусмотреть положение, определяющее, каким образом произвести назначение в случае отсутствия у сторон согласия в отношении числа арбитров. Настоящие положения статьи II(3) предусматривают лишь наиболее общие случаи назначения одного или трех арбитров. По-видимому, требуется общее правило в отношении назначения четного числа арбитров и нечетного числа арбитров, превышающего три.

Статья II. Назначение арбитров

Статья II, пункт I

I. Судан предлагает заменить в пункте I оговорку "если стороны не договорились об ином" оговоркой "однако если будет назначен один арбитр, то национальность такого арбитра должна отличаться от национальности сторон". Это вносит бóльшую ясность и обеспечивает решение вопроса.

Статья II, пункт 3

2. По мнению Канады, в пункте 3 должно быть конкретно предусмотрено, что арбитр может быть назначен даже после истечения некоторого срока, вплоть до момента передачи дела в суд. В пункте 3 в его настоящем виде предусматривается, что после истечения конкретного срока сторона не может назначить арбитра или что два назначенных арбитра не могут назначить третьего арбитра. Поднимается также вопрос о том, достаточно ли на практике для двух назначенных арбитров периода в 30 дней для назначения третьего арбитра.

3. МТП отмечает, что в типовом законе четко не предусматривается, что арбитры должны быть независимыми от сторон и беспристрастными. Хотя в статье II(5) действительно предусматривается, что суд, когда его просят вмешаться, обеспечивает назначение независимого и беспристрастного арбитра, ничто в типовом законе не исключает возможности назначения сторонами какого-либо лица, не являющегося независимым или беспристрастным, например своего адвоката. Хотя согласно статье I2 арбитр должен сообщить об обстоятельствах, которые могут вызвать сомнения в отношении его беспристрастности или независимости, предпочтительно иметь четкое положение о том, что все арбитры должны быть беспристрастными и независимыми.

Статья I2. Основания для отвода

Комментарии к статье в целом

I. Канада, отмечая, что в английском варианте в пунктах I и 2 этой статьи используется выражение "justifiable doubts", эквивалентное французскому выражению "doutes légitimes", подчеркивает, что выражение "justifiable doubts" (обоснованные сомнения) создает для англоговорящего специалиста по вопросам общего права определенные трудности. По мнению Канады, выражение "оправданные сомнения" будет более адекватным для отражения значения, которое предусматривается статьей. Кроме этого, предлагается, чтобы содержащееся в пункте I требование о сообщении информации было более жестким, чем требование в пункте 2, при этом предпочтение следует отдавать сообщению в статье I, а статью I2 следует соответствующим образом пересмотреть.

2. Судан утверждает, что статья I2 станет более полной, если в конце добавить следующий текст:

> "Такие обстоятельства включают любой финансовый или личный интерес в исходе арбитража, но не ограничиваются им, или любые коммерческие связи с любой из сторон или юрисконсультом или агентом стороны, если таковые имеются".

Статья I2, пункт 2

3. Югославия считает, что основания для отвода арбитров следует расширить. В статье I2(2) конкретно излагаются лишь сомнения относительно беспристрастности или независимости, что является положительным моментом, однако этого недостаточно. Следует предусмотреть, что основанием для отвода арбитра может быть невыполнение им своих функций с необоснованной задержкой или, как в случае с постоянными арбитражными судами, несоблюдение им правил.

Статья I3. Процедура отвода

Статья I3, пункт I

I. МТП отмечает, что, хотя в пункте I сторонам предоставляется возможность по своему усмотрению договариваться о процедуре отвода, пункт 3, к сожалению, значительно ограничивает такую свободу, предоставляя стороне право просить суд о принятии решения в отношении отвода, если отвод на основании согласованной процедуры является неудачным. По мнению МТП, подобное ограничение права сторон договариваться о процедуре отвода является нежелательным по следующей причине. Стороны предпочитают арбитраж судебному разбирательству, среди прочего, потому, что арбитраж носит конфиденциальный характер. Если суд государства будет заниматься разбирательством согласно пункту 3, появляются опасения, что спор станет достоянием гласности (правосубъектность сторон, оспариваемая сумма и т.д.), что иногда имеет отрицательные последствия для репутации сторон и их финансового положения. Следует избегать тактики проволочек. Арбитраж стал бы менее привлекательным для сторон или вообще перестанет их интересовать, если арбитражное разбирательство можно будет затягивать и передать вопросы на рассмотрение суда государства просто на основании отвода арбитра bona или mala fide; арбитраж станет менее привлекательным и для арбитров, осознающих, что их компетенция и этика подвергаются риску открытого обсуждения в суде всякий раз, когда они дают согласие на участие в арбитраже. Поэтому в типовом законе должен быть предусмотрен индивидуальный подход к каждому конкретному случаю. Обращение в суд является приемлемым в специальных арбитражах, однако сторонам должно оставляться право исключать такое вмешательство, когда выбранные ими нормы организационно-правового характера содержат положения, касающиеся этого вопроса.

Статья I3, пункт 2

2. Югославия и МТП возражают против пункта 2, в соответствии с которым арбитражный суд, включая арбитра, которому заявлен отвод, принимает решение об отводе. МТП считает, что арбитры не должны сами решать вопросы об отводе. Югославия отмечает, что от арбитражного суда трудно ожидать объективности, если арбитр, в отношении которого заявлен отвод, участвует в принятии решений; это особенно характерно для того случая, когда отвод заявляется в отношении единоличного арбитра. По мнению Югославии, было бы более целесообразно, по крайней мере в том, что касается постоянного арбитражного учреждения, если бы решения по таким вопросам принимались руководящим советом или специальным органом.

Статья I3, пункт 3

3. Канада, касаясь положения в пункте 3 о том, что решение суда должно быть окончательным, задает вопрос, предполагает ли такое "окончательное решение" суда возможность обращения в высшие судебные инстанции или оно означает, что решение само по себе является окончательным и обжалованию не подлежит. Это положение сформулировано нечетко, по крайней мере в контексте общего права, и в него следует внести ясность. Если имеется в виду второе значение, то для лучшей формулировки пункта было бы целесообразней после слова "окончательным" добавить слова "и обязательным".

4. Судан считает, что было бы осмотрительнее и справедливее добавить в конце пункта 3 следующий текст: "только в тех случаях, когда такое продолжение не наносит ущерба иску или защите стороны, заявляющей отвод".

Статья I4. Бездействие или невозможность действия

I. Канада считает, что процедуры в статьях I3 и I4 должны быть согласованы. В настоящее время связь между статьей I4 и статьей I3 не совсем четкая. Например, возможен вопрос, можно ли рассматривать явно выраженную пристрастность арбитра как юридическую неспособность выполнять свои функции.

2. По мнению МТП, настоящий текст статьи I4, в которой речь идет о юридической или фактической неспособности арбитра выполнять свои функции и о предоставлении исключительной юрисдикции суду государства, в котором остается нерешенным противоречие в отношении прекращения действия мандата арбитра, не совместим с правилами арбитражных учреждений, которые предусматривают, что в подобных случаях окончательное решение принимается учреждением. МТП предлагает изменить текст статьи I4 таким образом, чтобы предоставить сторонам свободу договариваться о процедуре, которой они будут следовать, и предоставлять юрисдикцию суду государства лишь в крайних случаях, когда согласованная процедура по какой-либо причине не соблюдается (как это сделано в статье II(4) типового закона). Однако отмечается, что, поскольку стороны могут договориться относительно прекращения действия мандата арбитра (статья I4, первое предложение), статью I4 можно истолковать таким образом, что сам факт передачи сторонами спора арбитражному учреждению предполагает наделение ими этого учреждения полномочиями решать вопрос (в силу статьи 2(c), предоставляющей сторонам возможность поручить какому-либо учреждению принять решение в отношении сторон). Считается невозможным вносить поправки в типовой закон с целью предоставления юрисдикции суду государства лишь в крайнем случае; если вышеупомянутое толкование правильное, то было бы желательно, чтобы оно, если это возможно, было отражено в отчетах.

3. Канада считает, что в арбитраже с тремя арбитрами сторона должна иметь возможность просить других членов арбитражного суда о прекращении действия мандата третьего арбитра до обращения с аналогичной просьбой в суд в целях уменьшения необходимости обращаться в суд.

4. Судан предлагает добавить в статью I4 новый пункт следующего содержания:

> "2) Если единоличный или председательствующий арбитр заменяется по каким-либо причинам, изложенным в вышестоящем пункте, то повторяются любые проводимые ранее слушания. Аналогичным образом, если заменяется любой другой арбитр, то подобные предварительные слушания повторяются по усмотрению арбитражного суда".

5. ААКПК ввиду предложенной им новой редакции статьи 6 (см. пункт 2 обзора комментариев к статье 6) отмечает, что в эту статью следует включить определенные логически вытекающие поправки, а именно выражение "суду, указанному в статье 6" следует заменить выражением "судам, указанным на основании статьи 6".

Статья I4-бис

ААКПК рекомендует исключить как излишнюю начальную фразу: "тот факт, что".

Статья I5. Назначение нового арбитра

Судан, отмечая, что в статье I5 не оговорен срок, в течение которого назначается новый арбитр, предлагает добавить после слов "новый арбитр назначается" следующую фразу:

> "при условии, что такое назначение производится в течение одного месяца с даты прекращения действия мандата заменяемого арбитра".

Во избежание ненужного повтора предлагается вместо слов "заменяемого арбитра", содержащихся в формулировке, которая следует за этим добавлением, использовать слова "такого арбитра".

ГЛАВА IV. КОМПЕТЕНЦИЯ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Статья I6. Право на вынесение постановления о своей компетенции

I. ААКПК рекомендует озаглавить эту статью "Полномочия".

2. По мнению Канады, пункт 3, по-видимому, неоправданно ограничивает лишь иском об отмене арбитражного решения право стороны оспаривать постановление арбитражного суда о том, что он обладает юрисдикцией. Принятие такого принципа любым канадским судопроизводством маловероятно, так как считается, что решение вопросов о юрисдикции не следует ставить в зависимость от вынесения окончательного арбитражного решения. Стороне необходимо предоставить возможность решать вопрос о юрисдикции суда в качестве предварительного вопроса. Если данный вопрос передается на усмотрение государства, приводящего в исполнение решение суда, возникают трудности в связи с различиями законодательных положений между государствами - участниками Нью-йоркской конвенции I958 года и теми, которые не являются ее сторонами. Кроме того, недавнее решение французского апелляционного суда в Париже по делу Arab Republic of Egypt v. Southern Pacific Properties, Ltd. et al. (International Legal Materials, vol. 23, No 5, September 1984, pp. 1048-1061) свидетельствует о важности решения таких вопросов на начальном этапе. С учетом этой проблемы следует пересмотреть пункт 3, возможно, оговорив, что арбитражный суд может передавать вопрос о своей юрисдикции на рассмотрение суда.

Статья I8. Полномочие арбитражного суда на вынесение решения о принятии обеспечительных мер

I. Судан предлагает заменить текст этой статьи следующим текстом, в котором отражены различные международные арбитражные правила:

> "Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может по своей собственной инициативе или по просьбе любой стороны вынести постановление о принятии любых обеспечительных мер защиты в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми, например, вынести решение о передаче на хранение товаров, если таковые имеются, третьей стороне, или об открытии банковского кредита, или о продаже скоропортящихся товаров".

2. ААКПК рекомендует озаглавить эту статью "Обеспечительные меры" и предлагает изменить формулировку текста данной статьи следующим образом:

> "Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может по просьбе одной из сторон вынести постановление о принятии таких обеспечительных мер защиты в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми. Арбитражный суд может потребовать от любой стороны предоставить обеспечение возмещения расходов по принятию таких мер".

3. В целях обеспечения ясности Канада предлагает объединить данную статью со статьей 9.

ГЛАВА V. ВЕДЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Статья 19. Определение правил процедуры

Статья 19, пункт 2

1. По мнению Югославии, по-видимому, недостаточно ограничить право арбитражного суда вести разбирательство по своему усмотрению, обусловив лишь, что к сторонам должно быть равное отношение и предоставлена полная возможность использовать все свои права в арбитражном разбирательстве. Следует обязать арбитражный суд в более широком объеме учитывать минимальные стандартные процессуальные нормы той правовой системы, на рассмотрение которой стороны согласились представить арбитраж, или, при отсутствии такой договоренности, правовой системы государства, на территории которого проводится арбитраж. При определении таких минимальных стандартных правил могут быть использованы процессуальные нормы применимой правовой системы, которая позволяет отменить арбитражное решение.

Статья 19, пункт 3

2. По мнению Судана, представляется важным сделать следующее добавление в конце пункта 3: "самостоятельно или с помощью юрисконсульта или посредника".

Статья 20. Место арбитража

По мнению ААКПК, озабоченность государств - членов ААКПК относительно того, что статья 20 способна нанести ущерб сторонам из развивающихся стран, наилучшим образом можно было бы устранить, добавив следующую сноску к пункту 1 статьи 20:

> "Странам Африки и Азии рекомендуется указывать в своих соглашениях в качестве места проведения арбитража Каирского и Куалалумпурского арбитражного центра и любого другого центра, созданного Афро-азиатским консультативно-правовым комитетом".

Статья 21. Начало арбитражного разбирательства

Канада отмечает, что эта статья объясняет причину, по которой решение вопроса, упоминаемого в статье 2(e), о том, какое сообщение считается полученным, является важным для каждой правовой системы (что касается комментариев Канады к статье 2(e), см. пункт 3 обзора комментариев к статье 2). Предлагается в статье 21 между словами "получена" и "ответчиком" поместить фразу "или считается полученной".

Статья 22. Язык

Статья 22, пункт 1

1. ААКПК рекомендует расширить пункт 1 данной статьи, предусмотрев случаи, когда при отсутствии договоренности между сторонами язык одной из сторон не является тем языком и не входит в число тех языков, которые выбраны арбитражным судом для ведения арбитражного разбирательства. В этом случае этой стороне должно быть предоставлено право перевода арбитражного разбирательства на родной язык за свой счет.

2. По мнению МТП, пункт 1 следует изменить в целях разъяснения возможности любой из сторон использовать по своему усмотрению любой язык при условии, что она организует перевод на язык, который в соответствии с решением арбитров будет использоваться при разбирательстве. Исключительно важным при международном арбитраже является положение о том, что при отсутствии договоренности между сторонами каждой стороне предоставляется возможность представить свое дело на языке, выбранном по своему усмотрению.

Статья 23. Исковое заявление и возражения по иску

Статья 23, пункт 2

1. Данное предложение к русскому тексту не относится.

Предлагаемое добавление к статье 23

2. ААКПК рекомендует добавить следующий новый пункт к статье 23:

"3) В любом случае суд может установить крайний срок представления сторонами своей документации и окончательных заявлений".

Статья 24. Слушание и письменное разбирательство

Статья 24, пункты I и 2

I. Канада отмечает, что редакция пунктов I и 2 может вызывать различные толкования. Если стороны не договорились об ином, любая сторона должна иметь право на устное слушание дела. Этот вопрос не представляется на усмотрение арбитражного суда. Даже если стороны предварительно договорились не проводить устного слушания, любая сторона и в этом случае должна иметь возможность впоследствии потребовать устного слушания дела (на условиях, например, в отношении издержек, которые могут быть установлены арбитражным судом) в целях предоставления данной стороне полной и справедливой возможности представить свое дело. Во всяком случае, арбитражный суд должен всегда иметь право по своему усмотрению назначать устное слушание дела, если он считает такое слушание необходимым для получения всех доказательств с целью достижения соответствующего разрешения данного спора. Хотя принцип pacta sunt servanda весьма важен и отходят от него лишь в исключительных случаях, не следует также игнорировать такую задачу, как достижение справедливого разрешения спора. Эта задача приобретает особое значение, если стороны могли ранее в своих договорных отношениях согласиться на проведение арбитража без устного слушания дела, не имея возможности предусмотреть характер возникающих впоследствии в связи с этим трудностей. Во всех случаях исключительно важно заблаговременно уведомлять о проведении устного слушания.

Статья 24, пункт 4

2. По мнению Канады, выражение "заключения экспертов или другие документы", как оно использовано во втором предложении пункта 4, слишком неопределенно. Предлагается разъяснить, какие другие документы имеются в виду.

3. Поскольку в пункте 4 недостаточно ясно указано, следует ли другой стороне представлять оригинал или копию документов, представляемых арбитражному суду, и обладает ли другая сторона правом изучать их, ААКПК рекомендует исключить из пункта 4 ссылку на "документы" или "документ" и добавить следующее положение в качестве пункта 5:

"5) Любая сторона имеет право изучать любой документ, представленный другой стороной арбитражному суду. Если арбитражный суд не примет иного решения, представляющая сторона передает другой стороне экземпляры таких документов".

Предлагаемое добавление к статье 24

4. Судан предлагает добавить к данной статье следующий новый пункт:

"5) Если стороны не договорились об ином, слушание проводится при закрытых дверях".

Статья 27. Содействие суда в получении доказательств

I. Гаагская конференция приветствует решение Рабочей группы не включать в типовой закон положение о международном содействии суда в получении доказательств 5/. Члены Рабочей группы в свете Гаагской конференции обоснованно признали, что вопрос международной помощи судов в получении доказательств входит в сферу международного сотрудничества и, соответственно, не представляется возможным рассматривать и обеспечивать такое сотрудничество на основании типового закона, который по своему характеру, как предполагается, должен стать национальным законом. Международное сотрудничество может быть основано лишь на конвенции, предусматривающей четко определенные международные обязательства. Указывается, что Гаагская конференция по международному частному праву на своей пятнадцатой сессии в октябре I984 года постановила включить в повестку дня одной из своих последующих сессий обсуждение возможности использования Конвенции о сборе за границей доказательств по гражданским и коммерческим вопросам (Гаага, I970 год) для арбитражного разбирательства. Гаагская конференция

по международному частному праву признала, что возможное распространение сферы применения Конвенции 1970 года на арбитражное разбирательство, например на основании протокола к Конвенции, зависит, в конечном счете, от мнения заинтересованных международных арбитражных кругов относительно целесообразности такого международного документа. Гаагская конференция по международному частному праву намерена провести консультации по данному вопросу с международными организациями, занимающимися арбитражем, и государствами - членами этих организаций. С этой целью Гаагская конференция по международному частному праву предложила специальной комиссии провести обмен мнениями относительно возможности использования Конвенции 1970 года в целях содействия арбитражу путем сбора доказательств за границей. Эта специальная комиссия проведет совещание в Гааге с 28 мая по I июня 1985 года, и на данном этапе в нем будут участвовать только представители центральных органов, предусмотренных Конвенцией 1970 года; в предварительном порядке интересно было бы знать, насколько распространение сферы применения Конвенции 1970 года и на арбитражное разбирательство практически осуществимо. Гаагская конференция планирует провести вторую сессию этой специальной комиссии, в работе которой на этом этапе примут участие специалисты в области арбитража и которая изложит свое мнение по существу проблемы. Гаагская конференция,безусловно, будет признательна, если государства - члены Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли и наблюдатели при обсуждении статьи 27 типового закона на восемнадцатой сессии Комиссии выразят свое мнение относительно данной проблемы.

2. В отношении пункта 2 Канада отмечает, что в мае 1985 года Гаагская конференция по международному частному праву рассмотрит вопрос о сборе доказательств, необходимых для арбитражного разбирательства, за границей.

3. ААКПК рекомендует изменить в пункте I первую часть второго предложения "В просьбе указываются" следующим образом: "Просьба должна соответствовать принятым в суде нормам и в ней указываются".

ГЛАВА VI. ВЫНЕСЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Статья 28. Нормы, применимые к существу спора

Статья 28, пункт 2

I. По мнению МТП, пункт 2 настоящей статьи не соответствует современной практике международного торгового арбитража. Типовой закон предусматривает, что арбитражный суд должен применять соответствующее право, то есть право какого-либо государства, и выбирать коллизионные нормы для определения применимого права. При определении права, применимого к существу спора, арбитры могут не принимать сразу решение о коллизионных нормах, а определить применимое право по существу дела другими более прямыми средствами. Такая постановка вопроса стала возможной благодаря широкой свободе действий, допускаемой национальными законодательствами и международными нормами. МТП считает, что введение строгих ограничений в типовой закон помешало бы дальнейшему развитию права в этой области и расценивалось бы многими международными арбитрами и специалистами как шаг назад. МТП предлагает, чтобы арбитражный суд, если стороны не примут иного решения, применял нормы права, которые он считает приемлемыми в отношении конкретного спора.

Предложенное дополнение к статье 28

2. По мнению Югославии, статью 28 следует дополнить в соответствии со статьей 33(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, с тем чтобы арбитражный суд также учитывал "торговые обычаи, применимые к данной сделке".

Статья 29. Вынесение решения группой арбитров

I. Канада отмечает, что в настоящей статье впервые содержится ссылка на "председательствующего арбитра", и в этой связи возникает вопрос о том, как назначается председательствующий арбитр. Этот процедурный вопрос можно уточнить в статье 11.

2. Югославия отмечает, что на основании формулировки второго предложения статьи 29 можно предположить, что председательствующий арбитр уполномочен выносить решение по существу дела, а это, безусловно, не предусматривается. Текст настоящей статьи следует изменить с целью уточнить, что в ней говорится о роли председательствующего арбитра в отношении процедурных вопросов.

3. МТП отмечает, что типовой закон предусматривает вынесение решений большинством арбитров, в то время как, согласно ряду существующих арбитражных норм, председатель арбитражного суда может выносить решение самостоятельно, когда не удается заручиться таким большинством. Поскольку данное положение статьи 29 не носит императивного характера, в статью 3I(I), предусматривающую необходимость наличия подписей большинства арбитров при арбитражном разбирательстве более чем одним арбитром, следует внести соответствующие поправки.

4. ААКПК рекомендует назвать статью следующим образом: "Вынесение решения".

Статья 30. Мировое соглашение

Статья 30, пункт I

I. Канада спрашивает, должна ли просьба сторон, упомянутая в пункте I, представляться совместно, или она может быть представлена любой из сторон. Если речь идет о первом случае, любая сторона может без труда воспрепятствовать арбитражному суду зафиксировать урегулирование в форме арбитражного решения. Представляется целесообразным, чтобы статья 30 предусматривала право каждой стороны представлять такую просьбу.

2. По мнению Югославии, необходимо определить, по крайней мере в общих формулировках, критерии, на основе которых арбитражному суду предоставляются полномочия отвергать предложение сторон зафиксировать урегулирование в форме арбитражного решения. Возражения арбитражного суда должны ограничиваться постановлением о том, что соответствующее урегулирование несовместимо с публичным порядком правовой системы, применимой в данном арбитраже.

3. ААКПК придерживается мнения, что, если стороны разрешают спор в ходе арбитражного разбирательства, они должны уведомлять об этом арбитражный суд, а арбитражный суд должен прекратить данное разбирательство лишь после получения такого уведомления. В свете вышесказанного в пункт I статьи 30 необходимо внести соответствующие поправки.

Статья 3I. Форма и содержание арбитражного решения

Статья 3I, пункт I

I. Судан предлагает добавить в конце пункта I следующее предложение: "Однако арбитражное решение не должно содержать какого-либо противоречащего суждения".

Статья 3I, пункт 4

2. ААКПК рекомендует использовать в пункте 4 формулировку "арбитром или арбитрами", поскольку эта формулировка используется в пункте I.

Предложенное дополнение к статье 3I

3. Судан предлагает дополнить статью 3I следующим новым пунктом:

"5) Арбитражное решение публикуется только с письменного согласия обеих сторон".

Статья 32. Прекращение разбирательства

Статья 32, пункт 2(b)

I. Канада отмечает, что пункт 2(b), по всей видимости, предоставляет арбитражному суду полную свободу действий в отношении прекращения разбирательства во всех случаях, когда он считает, что продолжение разбирательства становится "ненужным или неуместным". Видимо, целесообразно предусмотреть, что такое решение может быть пересмотрено судом.

2. По мнению Югославии, основания для прекращения арбитражного разбирательства, указанные в пункте 2(b), носят слишком общий и неопределенный характер и могут привести к прекращению разбирательства, даже когда это не отвечает интересам сторон. Предлагается приложить усилия для выработки более точного определения некоторых оснований.

Статья 33. Исправление и толкование решений и дополнительные решения

Статья 33, пункт 2

1. ААКПК считает, что, когда арбитражный суд собирается исправить решение по собственной инициативе, он должен уведомлять об этом заинтересованные стороны. Поэтому в пункт 2 рекомендуется внести соответствующие изменения.

Статья 33, пункт 3

2. По мнению ААКПК, если сторона просит арбитражный суд вынести дополнительное решение, арбитражный суд должен сначала в течение определенного срока вынести решение о допустимости этой просьбы и, лишь убедившись в допустимости такой просьбы, возобновить разбирательство в целях вынесения дополнительного решения. Соответственно, ААКПК предлагает включить в пункт 3 следующее положение:

> "Арбитражный суд выносит решение о допустимости или неприемлемости просьбы в течение тридцати дней после получения такой просьбы. Если арбитражный суд сочтет эту просьбу обоснованной, он может в течение шестидесяти дней начать необходимое разбирательство в целях вынесения дополнительного решения".

Статья 33, пункт 5

3. ААКПК предлагает исключить в пункте 5 стоящее в начале предложения слово "Положения".

Предложенное добавление к статье 33

4. Судан предлагает включить в статью 33 следующий новый пункт:

> "6) Если арбитражное решение не отменено в соответствии со статьей 34, то оно имеет силу res judicata".

ГЛАВА VII. ОБЖАЛОВАНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ

Статья 34. Заявление об отмене как исключительное средство обжалования арбитражного решения

Статья 34, пункт 1

1. Канада и МТП предлагают исключить слова "в соответствии с настоящим Законом", заключенные во вторые квадратные скобки. Канада указывает на нежелательность предоставления суду права отмены иностранного арбитражного решения; иностранные арбитражные решения должны оспариваться лишь в соответствии с процедурой, закрепленной в статье 36. По мнению МТП, применение территориального критерия и ограничение тем самым сферы применения типового закона арбитражными решениями, выносимыми на территории государства, которое приняло типовой закон, в большей мере соответствовало бы практике большинства стран.

2. По мнению Югославии, при определении сферы применения статьи 34 необходимо должным образом учитывать свободу сторон в выборе закона, применимого к арбитражной процедуре.

Статья 34, пункт 2(a)(i)

3. Канада указывает, что содержащееся в пункте 2(a)(i) выражение "в отсутствие такого указания" является расплывчатым и неясным и, по-видимому, не оказывает существенной помощи суду, которому предстоит решить, какому закону стороны подчинили соглашение. Это выражение и следующие за ним слова до конца предложения она предлагает либо опустить, либо заменить более четким указанием на то, в каких случаях можно рассматривать стороны как подчинившие соглашение определенному закону, например, "... подчинили это соглашение, как это определено арбитражным судом".

Статья 34, пункт 2(a)(iv)

4. По мнению Канады, пункт 2(a)(iv) распространяется на ситуацию, когда невыполнение соглашения противоречит императивным положениям закона; в то же время он, по-видимому, не охватывает ситуацию, когда выполняется соглашение, противоречащее императивному закону. Формулировку этого положения можно было бы изменить следующим образом: "... не соответствовали соглашению сторон или положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступать".

5. Югославия предлагает в пункте 2(a)(iv) провести разграничение между нормами, нарушение которых всегда приводит к недействительности, и нормами, нарушение которых может привести к недействительности; другими словами, нельзя согласиться с тем мнением, что нарушение любой процессуальной нормы применимого закона обязательно приводит к отмене арбитражного решения. В этой связи вновь встает вопрос о выборе закона, то есть на основе каких норм устанавливается правильность арбитражного разбирательства для целей вынесения решения по заявлению об отмене арбитражного решения. Если приоритет отдается закону государства, которому стороны подчинили арбитраж, тогда решение об отмене выносится судом этого государства в соответствии с его императивными процессуальными нормами.

Статья 34, пункт 2(b)

6. Гаагская конференция поддерживает доводы, выдвинутые Рабочей группой против положения пункта 2(b)(i) 6/. По мнению участников Гаагской конференции, составители типового закона не оценили полностью последствия этого положения. В случае сохранения этого положения оно позволяло бы стороне произвольно добиваться отмены арбитражного решения, что имело бы соответствующие последствия для всех государств, даже тех государств, в которых объект спора может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с законом, применимым к существу спора, и в соответствии с законом места проведения арбитража. Такое последствие является совершенно неприемлемым и противоречит соответствующим общим принципам, согласно которым вопрос о подсудности арбитражу, в случае отсутствия соглашения между сторонами, должен решаться в соответствии с законом, применимым к существу спора. Поэтому предлагается данное положение опустить.

7. По мнению Югославии, разграничение, проводимое в пункте 2(b)(ii) между понятиями "арбитражное решение" и "любое содержащееся в нем постановление", является неясным, и соответственно встает вопрос о его уместности. Подобная формулировка может привести к толкованию, не совместимому с современными тенденциями ограничительного толкования публичного порядка, а именно, что арбитражное решение может быть отменено в силу основания, которое не влияет на решение по существу данного дела.

8. Судан предлагает добавить в пункте 2(b) следующий новый подпункт:

"iii) арбитражное решение было получено с помощью обмана или основано на ложных доказательствах".

Статья 34, пункт 3

9. По мнению ААКПК, срок в три месяца является довольно длительным. Однако он считает, что с этим сроком можно согласиться при наличии оговорки "если стороны не договорились об ином".

Предложенное добавление к статье 34

I0. Судан предлагает включить в статью 34 следующий новый пункт:

"5) Решение суда об отмене арбитражного решения обжалованию не подлежит: однако оно может быть пересмотрено тем же судом по просьбе заинтересованной стороны".

ГЛАВА VIII. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

МТП рекомендует ограничить сферу применения главы VIII о признании и приведении в исполнение арбитражных решений арбитражными решениями, выносимыми в стране, принявшей типовой закон, то есть внутренними арбитражными решениями, поскольку признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений регулируются, в принципе, Нью-йоркской конвенцией I958 года.

Статья 36. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение

Статья в целом

I. Хотя были получены предложения о некотором изменении формулировки статьи 36, Канада отмечает, что эта статья почти идентична статьям V и VI Нью-йоркской конвенции I958 года. Канада разделяет мнение, что упомянутая Конвенция функционирует довольно успешно, и считает важным следовать этой Конвенции, хотя ее формулировки и подвергались некоторой критике (см. например, UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Congress series no. 2, Interim Meeting Lausanne, May 9-12, 1984, General editor: Pieter Sanders, Deventer, Kluwer 1984, p. 212, para. 24, and p. 221, para. 47, относительно недееспособности сторон и недействительности арбитражного соглашения).

2. МТП, напоминая о своей рекомендации, касающейся ограничения положений о признании и приведении в исполнение решений лишь внутренними арбитражными решениями (см. комментарии к главе VIII типового закона), предлагает опустить различные основания для отказа в признании или приведении в исполнение, перечисленные в пункте I(a) статьи 36, и включить в подпункт (b) оговорку об отсутствии арбитражного соглашения. Таким образом, будет устранена вероятность двойного контроля, вытекающая из текста статей 34 и 36 (I)(a), поскольку сторона, возражающая против арбитражного решения на том или ином основании, указанном в настоящем подпункте (a), может затем сослаться на них лишь в рамках процедуры отмены арбитражного решения в соответствии со статьей 34.

Статья 36, пункт I(a)(i)

3. Гаагская конференция отмечает, что пункт I(a)(i) взят непосредственно из статьи V Нью-йоркской конвенции I958 года, а из обсуждения данного вопроса Рабочей группы стало совершенно очевидным, что единственной причиной включения его в типовой закон было наличие такого положения в Нью-йоркской конвенции I958 года. Гаагская конференция указывает на тот общеизвестный факт, что данное положение подвергалось критике и не является удовлетворительным. Подчинение вопроса о действительности арбитражного соглашения в случае отсутствия соглашения между сторонами закону страны, в которой это решение вынесено, более не соответствует тенденции подчинения вопроса о действительности арбитражного соглашения закону, регулирующему основной договор, действующий в большинстве национальных систем международного частного права. Если типовой закон сохранит систему Нью-йоркской конвенции I958 года, которая считается неудовлетворительной, то это будет достойно сожаления. С целью избежать формулировки, противоречащей формулировке Нью-йоркской конвенции I958 года, Гаагская конференция предлагает принять нейтральное положение, которое прямо основывалось бы на новом французском законе об арбитраже (Декрет от I2 мая I98I года). Формулировка могла бы быть следующей: "... или это соглашение недействительно".

C. Комментарии по дополнительным вопросам

Встречный иск

I. По мнению Канады, статья 23 или какая-либо другая статья типового закона должна предусматривать встречные иски и ответы на них.

Тайна обсуждений арбитражного суда

2. По мнению Канады, следует рассмотреть вопрос о включении в типовой закон положения о том, что в период с завершения расследования арбитражным судом и до прекращения арбитража вынесением окончательного арбитражного решения или иным образом арбитражный суд должен сохранять тайну своих обсуждений и не обсуждать арбитражное разбирательство с какой-либо из сторон ex parte.

Ответственность арбитров

3. По мнению Канады, следует рассмотреть вопрос о включении в типовой закон положения о том, что член арбитражного суда не должен подвергаться гражданской ответственности на основании каких-либо действий, совершенных им в духе доброй воли при осуществлении своих функций.

Расходы на арбитражное разбирательство

4. По мнению Канады, следует рассмотреть вопрос о включении в типовой закон положения о расходах, включая расходы на предварительное арбитражное разбирательство.

5. Судан предлагает включить в статью 32 следующий новый пункт:

"4) Расходы на арбитражное разбирательство покрываются, как правило, стороной, проигравшей процесс. Арбитры могут, однако распределить эти расходы между сторонами, и такие расходы образуют часть арбитражного решения".

6. ААКПК обращает внимание Комиссии на чрезвычайную важность вопроса о расходах в международном торговом арбитраже и предлагает включить в официальный комментарий, который ААКПК рекомендует подготовить (см. пункт 7, ниже), объяснение факта отсутствия в типовом законе положения о расходах.

Комментарий к типовому закону

7. По мнению ААКПК, секретариату Комиссии следует предложить подготовить официальный комментарий к типовому закону о международном торговом арбитраже в целях оказания помощи развивающимся странам в единообразном применении и толковании различных положений типового закона.

1/ Комментарии ААКПК отражают общие или преобладающие мнения, высказанные в ходе рассмотрения проекта текста типового закона Подкомитетом ААКПК по вопросам права международной торговли на его двадцать четвертой сессии (Катманду, Непал, 7-I2 февраля I985 года).

2/ Комментарии были представлены Постоянным бюро Гаагской конференции. Если в комментариях содержится ссылка непосредственно на Гаагскую конференцию по международному частному праву (как, например, комментарии к статье 27), название международной организации приводится полностью.

3/ Комментарии МТП были приняты Комиссией МТП по международному арбитражу 29 ноября I984 года.

4/ См. пункты 4-6 введения к документу A/CN.9/263.

5/ A/CN.9/246, пункт 96, A/CN.9/245, пункт 43.

6/ A/CN.9/246, пункты I36 и I37.

/A/CN.9/263/Add.2/

Добавление

ВВЕДЕНИЕ

1. В настоящем добавлении к документу A/CN.9/263 содержится обзор комментариев Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии к проекту текста типового закона о международном торговом арбитраже. Учитывая важный характер этих комментариев, а также то, что они касаются нескольких вопросов или статей, они приводятся в настоящем документе в порядке их представления.

НЕКОТОРЫЕ КОММЕНТАРИИ СОЕДИНЕННОГО КОРОЛЕВСТВА

Общие замечания по проекту текста

2. Соединенное Королевство последовательно выступило в поддержку проекта по созданию типового закона, и это отношение не изменилось после проведения широких консультаций по проекту текста, подготовленного Рабочей группой. Для государств с развитым законодательством и большим опытом ведения арбитражных разбирательств типовой закон явится важным стимулом для переоценки действующей системы при том понимании, что другие государства будут заняты аналогичной деятельностью, проводимой в контексте единого, тщательно сформулированного предложения для выработки согласованного закона международного торгового арбитража. Для государств, у которых до сих пор не было оснований для выработки своей собственной комплексной системы, типовой закон и комментарии к нему составят наиболее ценную основу для разработки законодательства.

3. Соединенное Королевство по-прежнему придает также особое значение двум принципам, на которые оно стремилось обратить внимание в ходе обсуждений в рамках Рабочей группы. Первый принцип состоит в том, что арбитражное разбирательство является консенсуальной процедурой. Практические потребности сторон арбитражного соглашения имеют первостепенное значение. Единственно правильной задачей любого арбитражного законодательства является обеспечение справедливого решения споров, возникающих между представителями коммерческих кругов в форме, получившей их явно выраженное или косвенное одобрение, и в форме, соответствующей характеру рассматриваемого спора. Значение единообразного закона является общепризнанным. Тем не менее необходимо постоянно помнить о многообразии споров и об отсутствии единой процедуры, которую можно было бы применять ко всем видам споров. С помощью арбитражного права должна быть создана лишь необходимая обеспечительная база для проведения арбитража в соответствии с требованиями конкретного случая. Типовой закон не будет отвечать поставленной задаче, если он будет препятствовать проявлению необходимой гибкости и ограничивать свободу выбора, которая является главным преимуществом арбитражного разбирательства.

4. Второй принцип является следствием первого. Идеальной системы не существует. Неизбежно будет встречаться незначительное число случаев, при которых стороны будут лишены возможности воспользоваться преимуществами разбирательства, которое является справедливым или проводится на основании достигнутой между ними договоренности. Правосудие предусматривает возмещение ущерба потерпевшей стороне, и суд является единственным средством, благодаря которому можно получить это возмещение. Несмотря на заманчивость идеи вывести арбитражное разбирательство из-под контроля суда, на практике такая цель представляется невозможной. Широкие консультации с пользователями арбитражного разбирательства, пожелания и потребности которых имеют первостепенное значение, убедили Соединенное Королевство в том, что представитель торговых кругов признает необходимость оставить за собой право использовать быстрое и эффективное средство обращения за помощью. Именно по этой причине и вовсе не в силу приверженности к какой-либо доктрине, предусматривающей установление судебного контроля над независимостью арбитражного разбирательства, Соединенное Королевство заняло позицию, о которой оно уже ясно заявило в ходе обсуждения в рамках Рабочей группы. Наоборот, Соединенное Королевство искренне поддерживает все меры, которые будут содействовать развитию этого процесса с тем, чтобы обеспечить странам эффективное осуществление их договоренности о проведении арбитражного разбирательства.

5. В ходе консультаций неизбежно были затронуты несколько мелких вопросов, которые можно легко обсудить на совещаниях Комиссии. Однако существуют определенные весьма важные вопросы, по которым Соединенное Королевство предпочитало бы выразить свою точку зрения в письменном виде.

Территориальная сфера применения закона и юрисдикция судов

6. Необходимо в рамках типового закона выработать позицию по этим двум самостоятельным, но тесно взаимосвязанным вопросам.

7. Вопрос о юрисдикции возникает при следующих обстоятельствах: предположим, что две стороны, места производственной деятельности которых находятся в двух различных государствах, A и B, принимают решение о проведении арбитражного разбирательства в государстве B. (Типовой закон в его нынешнем виде не исключает возможности обращения к судам государства A в соответствии со статьями II-I4 (хотя такая возможность будет исключена в случае, если предполагается ограничить сферу применения закона в строгом соответствии с территориальным принципом) или в тех случаях, когда вопрос выходит за рамки типового закона). Коллизия юрисдикций возникает в тех случаях, когда суды A и B занимают различные позиции.

8. Вопрос о территориальной сфере применения возникает, в частности, в случае, когда две стороны в двух различных государствах C и D причем оба государства приняли типовой закон, решили провести арбитражное разбирательство в государстве D в соответствии с арбитражным правом государства C. Должен ли типовой закон предусматривать такого рода "экспорт"?

9. Несомненно, что в отношении второго вопроса существует два различных подхода:

a) разрешить сторонам выбирать арбитражное право другого государства, принимая его. Таким образом в отношении вышеприведенного примера содержание статьи 6 типового закона означало бы, что суды государства D будут лишены всякой юрисдикции над арбитражным разбирательством, которое проводится на территории этого государства в силу того, что, согласно выбранному судебному праву, исключительная юрисдикция будет предоставляться судам государства C. Такой подход можно определить, как "экстерриториальный";

b) предусмотреть, что типовой закон применяется только к арбитражным разбирательствам, которые проводятся на территории государства, принимающего его, независимо от выбора иностранного судебного права сторон. В результате этого стороны будут лишены свободы выбора, однако арбитражному суду предоставляется юрисдикция во всех случаях и, поскольку типовой закон не "экспортируется", то в вышеприведенном случае суды государства D будут обладать исключительной юрисдикцией только в отношении арбитражных разбирательств, которые проводятся на их территории.

I0. Осуществлению третьего подхода, который предусматривает выбор иностранного судебного права, но предоставляет при этом арбитражным судам параллельную юрисдикцию, мешает структура проекта, в частности статья 6. Другая возможность, которая, как и третья, отделяет вопрос о территориальной сфере применения от вопроса о юрисдикции суда, состоит в предоставлении сторонам возможности выбирать иностранное судебное право, но в то же время отвергать сделанный выбор иностранного суда; однако осуществлению такой возможности a fortiori препятствует нынешняя редакция проекта.

II. Соединенное Королевство отдает предпочтение территориальному подходу: типовой закон следует применять только к арбитражным разбирательствам, проводимым на территории принявшего этот закон государства, суды которого обладают исключительной юрисдикцией над арбитражными разбирательствами и регрессивными мерами, о которых говорится в статье 34. Было бы совершенно неприемлемо полностью исключить юрисдикцию местного суда в отношении арбитражных разбирательств, которые проводятся на территории этого государства. Трудности возникнут также при осуществлении положений статьи 36(I)(a)(IV), (а также положений Нью-йоркской конвенции), если иностранное процессуальное право отличается от процессуальных норм арбитража. Наиболее правильным является выбор арбитражных судов в качестве судов, рассматривающих регрессный иск, поскольку их положение позволяет наилучшим образом привести в исполнение любые решения. Эти суды отвечают требованиям сторон, которые могут остановить на них свой выбор (особенно в соответствии с "территориальным" типовым законом).

I2. Трудности, однако, возникают, если в вышеприведенном случае государство C приняло закон, а государство D нет. В соответствии с территориальным подходом типовой закон не предназначен для "экспорта", и суды государства C могут контролировать лишь арбитражные разбирательства, проводящиеся на территории государства C (на основании статьи 6). Суды государства D могут не обладать юрисдикцией согласно положениям их собственного права ввиду иного выбора сторон. Эта проблема может скорее носить теоретический, чем практический характер. Только в том случае, если вопрос о юрисдикции рассматривается отдельно от вопроса о территориальной сфере применения, его можно решить удовлетворительным образом.

Статьи 34 и 36

I3. Хотя в документе "Аналитический обзор комментариев, полученных от правительств и международных организаций" (A/CN.9/263 и Add. 1) не содержится каких-либо возражений против того, чтобы включить на постоянной основе статью 34 в типовой закон, тем не менее этот вопрос обсуждался на заседаниях Рабочей группы. Соединенное Королевство считает уместным кратко изложить свою позицию по этому вопросу, отметив два момента.

I4. Во-первых, по мнению Соединенного Королевстви, представляется существенно важным не ограничивать право на вмешательство в случае нарушения процессуальных норм периодом осуществления решения. Такое ограничение означало бы игнорирование важного значения арбитражного решения до того, как будут приняты какие-либо попытки к его осуществлению. Можно представить себе ситуацию, когда в ходе судебного разбирательства была совершена ошибка, которая, несомненно, поможет ответчику уклониться от наказания в соответствии с положениями статьи 36 или Нью-йоркской конвенции. В случае исключения из текста проекта статьи 34 ответчик будет лишен возможности представить свой иск до тех пор, пока истец не определит по своему собственному выбору сроки и место проведения разбирательства - выбор, результаты которого определяются не на основании установления какой-либо связи между арбитражным разбирательством или предметом арбитража и выбранным местом проведения арбитража, а на основании информации о том, где у ответчика имеются какие-либо средства, необходимые для осуществления решения. Тем временем арбитражное решение будет иметь силу для всех случаев, и на основании этого решения спорные вопросы между сторонами становятся res judicata. Действительно, ответчик может отказаться от оплаты суммы, оговоренной в арбитражном решении, однако отказ выполнить арбитражное решение является шагом, на который достойный уважения предприниматель идет крайне неохотно и который может нанести серьезный ущерб его коммерческой репутации. Если ответчика представляет компания, то она в своем балансе должна зарезервировать сумму на покрытие невыполненного арбитражного решения, и независимо от размеров этой суммы это неблагоприятным образом скажется на предоставлении кредита. Такие действия рассматривались бы как серьезное нарушение правосудия, и заявление ответчика о том, что он сможет без уточнения времени и места отстоять свой отказ от выполнения арбитражного решения, эффективно уклоняясь от приведения в исполнение решения, не улучшит его положение. Речь идет о необходимости предоставления ответчику возможности своевременно принимать ответные меры, с тем чтобы он мог освободиться от выполнения арбитражного решения, которое не следовало принимать.

I5. Во-вторых, Соединенное Королевство считает, что положения статьи 36 или Нью-йоркской конвенции, которой оно неукоснительно придерживается, сами по себе не обеспечивают необходимой защиты ответчику в результате нарушения процессуальных норм. Положения Конвенции, несомненно, были сформулированы, исходя из предположения о том, что до того, как арбитражное решение будет представлено для исполнения, ответчик уже будет располагать возможностями обжаловать это решение в местном суде. (Об этом ясно говорится в статье 36(I)(a)(iv).) Если отказаться от этого предположения, исключив статью 34 и отменив соответственно всякое активное право обжалования арбитражного решения, то список оснований для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражных решений, который приводится в Конвенции и в статье 36, предоставляет ответчику лишь часть тех мер защиты, которые предусматривались при составлении этого списка.

Форма арбитражного соглашения

I6. Торговая практика не охватывается полностью положениями статьи 7(2), в соответствии с которыми сторонами должен быть подписан документ или произведен обмен письмами или другими доступными средствами электросвязи. Ряд действующих арбитражных соглашений подтверждается в документах, не подписанных сторонами. Наиболее важными из них, вероятно, являются коносаменты. Соединенное Королевство предпочитает придерживаться подхода, который принят в статье I7 Брюссельской конвенции I968 года о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений, с внесенными поправками, в которой содержится ссылка на соглашения, заключенные в "письменной форме и в соответствии с международной торговой практикой в форме, которая согласуется с практикой, принятой в области торговли, которую знают или должны знать стороны".

Юрисдикция арбитра

I7. Соединенное Королевство придает большое значение восстановлению в проекте текста предыдущей статьи I7. Если эта статья будет отсутствовать, то в случае вынесения арбитром неправильного постановления о своей компетенции это постановление можно оспорить лишь с помощью мер по отмене арбитражного решения, о которых говорится в статье 34. К моменту

вынесения арбитражного решения стороны понесут значительные убытки, а продолжение судебного разбирательства вызовет значительную задержку. Такая мера, как исключение статьи I7, позволяет ответчику прибегать к тактике проволочек, вместо того чтобы исключить возможность их использования. Достаточные гарантии против нарушения положений статьи I7 содержались в статье I7(2), в соответствии с которой разрешалось продолжать проведение арбитражного разбирательства в ходе рассмотрения судом решения (если суд не вынес иного постановления, от чего он, несомненно, воздержится, за исключением совершенно ясного случая). Дискреционное право суда выносить промежуточные решения не является достаточной мерой защиты для сторон.

Право на проведение слушаний

I8. В отношении статьи 24 Соединенное Королевство намерено одобрить мнение, выраженное секретариатом в комментарии к этой статье (A/CN.9/264, комментарии к статье 24, пункт 4). В случае отсутствия договоренности сторон одной из сторон должно быть предоставлено право потребовать проведения устных слушаний. Нынешний текст явно противоречит статьям I9(3) и 34(2)(a)(ii).

Вмешательство суда: статья 5

I9. Хотя рассмотрение статьи 5 проводилось на относительно позднем этапе обсуждения в рамках Рабочей группы, ее совершенно справедливо расценивают как имеющую важное значение попытку отразить концепцию, лежащую в основе типового закона. Соединенное Королевство признает целесообразность использования ясной формулировки, которая поможет составителям последующего законодательства или любой из сторон арбитражного разбирательства, проводимого в соответствии с этим законодательством, узнать, разрешено ли в конкретной ситуации обращение за помощью к суду. Поэтому включение статьи 5 возражений не вызывает. Однако предлагается тщательно изучить важные аспекты этой статьи, до того как будет сформулирована ее окончательная редакция. Необходимо рассмотреть следующие четыре вопроса:

a) Какие вопросы "регулируются типовым законом"?

b) На каком этапе арбитражного разбирательства типовой закон разрешает вмешательство суда?

c) В каких случаях суд может вмешаться соответствующим образом, если доказано, что арбитражное решение является результатом нарушения процессуальных норм?

d) Следует ли сторонам предоставлять право определять по своему усмотрению объем вмешательства суда?

Какие вопросы регулируются типовым законом

20. Лица, отвечающие за составление статьи 5, объясняют ее общий смысл следующим образом: типовой закон не охватывает полный свод положений, предусматривающих вмешательство суда. В типовом законе рассматриваются лишь определенные ситуации, при которых может возникнуть вопрос о вмешательстве суда. Если в одной из этих ситуаций сторона обращается к суду с просьбой о вмешательстве, суду разрешается вмешаться только в случаях, предусмотренных типовым законом, а в случае отсутствия каких-либо ясных указаний суд должен воздержаться от вмешательства. Наоборот, если сложилась ситуация, не предусмотренная типовым законом, суд может вмешаться или отказаться от вмешательства на основании положений соответствующего внутреннего арбитражного права.

2I. Несмотря на ясный общий смысл, Соединенное Королевство считает необходимым указать на недостатки нынешней формулировки статьи 5, которые могут лишить ее практического применения. Проблема состоит в следующем. Предположим, что в ходе арбитражного разбирательства сложилась конкретная ситуация "X" и что в этой ситуации одна из сторон вынуждена обратиться за помощью к суду. Совершенно очевидно, что суд должен задаться вопросом, обладает ли он юрисдикцией, предусматривающей его вмешательство. Первым делом нужно проверить, насколько ясно эта ситуация отражена в типовом законе. (Строго говоря, будет применяться формулировка внутреннего законодательства, приводящего в действие типовой закон, однако для краткости мы будем продолжать ссылаться на типовой закон). Суд не обращается к другим источникам, если он считает, что формулировка типового закона охватывает эту ситуацию. Можно соответствующим образом

применять средства, предусмотренные для этой ситуации, исключая любые другие средства. Однако как поступать в том случае, если, по мнению суда, эта ситуация не отражена ясно в тексте типового закона? Суд может предположить, что эта ситуация не была включена по одной из следующих причин:

a) лица, составлявшие типовой закон, обсудили ситуацию X и приняли решение не рассматривать эту ситуацию в типовом законе;

b) лица, составлявшие типовой закон, обсудили ситуацию X и приняли решение, что в этом случае право судебного вмешательства не предоставляется;

c) Лица, составлявшие типовой закон, вообще не рассматривали ситуацию "X".

22. В этом случае суд столкнулся с тремя проблемами. Во-первых, каким образом суд может узнать, какой из упомянутых вариантов дает верное объяснение факту отсутствия упоминания ситуации X? Ознакомление с подготовительными разработками может и не дать ответа. В данных комментариях, естественно, не могут быть отражены все аспекты прений на заседаниях Рабочей группы и Комиссии. Кроме того, очевидно, что список вопросов в документе A/CN.9/246 (пункт I88) и в документе A/CN.9/264 (комментарий к статье I, пункт 8, и к статье 5,пункт 5), не предназначенных для регулирования в типовом законе, дается лишь в качестве иллюстрации.

23. Вторая проблема возникнет, если суд обнаружит, что ситуацию X можно причислить к тому же общему типу, к которому относятся ситуации, всесторонне рассматриваемые в типовом законе. Соединенное Королевство считает, что составители статьи 5 могли бы на это ответить, что все ситуации такого типа "регулируются" типовым законом и что отсутствие какой-либо ссылки на ситуацию X говорит о том, что составители типового закона имели в виду, что у суда не должно быть полномочий вмешиваться в такую ситуацию. Хотя, в принципе, Соединенное Королевство усматривает здесь силу закона, можно предвидеть серьезные трудности процедурного характера при решении вопроса о том, относится ли какая-либо ситуация к типу, рассматриваемому в типовом законе. Следует ли рассматривать отношение ситуации X к одной из отдельных глав, если такая ситуация будет специально предусмотрена в типовом законе? Если это так, то это означает придание большого значения вопросу, который является лишь предметом договоренности и который никогда не обсуждался подробно. При установлении "типа" нельзя полагаться на заголовки статей (см. сноску к статье I). В настоящее время для Соединенного Королевства неясно, каким образом суд должен узнать о том, достаточно ли близка ситуация X к другим ситуациям, которые всесторонне рассматриваются в типовом законе, чтобы придти к заключению, что эта ситуация регулируется типовым законом.

24. (В этом отношении, возможно, полезно обратить внимание на описание принципа статьи 5, содержащееся в пункте 4 комментариев к данной статье 5 в документе A/CN.9/264, где отмечается, что данная статья "ограничивается теми вопросами, которые фактически - прямо или косвенно - оговариваются в типовом законе". В данном положении решающими являются слова "или косвенно". Соединенное Королевство считает, что Комиссия могла бы с пользой обсудить значение этих слов и рассмотреть любую возможность включения формулировки такого смысла непосредственно в текст типового закона .)

25. Третья проблема возникнет, если данная ситуация относится к разряду тех, которые составители типового закона вообще не рассматривали. В пункте I88 документа A/CN.9/246 говорится, что статья 5 не исключала бы возможность контроля или помощи суда в тех случаях, "которые Рабочая группа решила не рассматривать в законе". Это, вероятно, говорит о том, что в ситуациях, не предусмотренных Рабочей группой, когда Рабочая группа не вынесла по ним какого-либо решения, действие статьи 5 как раз исключает возможность контроля суда. Действительно ли именно в этом состоит цель типового закона?

26. Соединенное Королевство хотело бы подчеркнуть, что эти доводы не являются теоретическими возражениями, продиктованными отрицательным отношением к принципам статьи 5; эти доводы отражают действительно неясные моменты, о которых говорили лица, прибегающие к услугам арбитражного суда, которыми контролировалось правительство Соединенного Королевства перед заседанием Комиссии. Поэтому выяснение этих моментов является особенно важным, поскольку в отличие от позиции любого суда, столкнувшегося с требованием вмешаться в случае, на который нет прямой ссылки в типовом законе, любому законодательному органу, ожидающему принятия типового закона, необходимо составить ясное представление о том, в какой степени данный закон изменит существующие правила, регулирующие вмешательство суда и имеющие или не имеющие силу закона.

Этап, на котором контроль со стороны суда является допустимым

27. Возможно, этой проблеме следует уделить меньше внимания. В ходе арбитражного разбирательства могут возникнуть обстоятельства, при которых оно будет проводиться с ущемлением

прав ответчика, чего арбитры не смогут или не пожелают исправить. При таких обстоятельствах представляется правильным, чтобы суд, будучи единственным органом, способным защитить ответчика, обладал "остаточными" полномочиями на вмешательство. Разве намерения составителей типового закона заключаются в том, чтобы полностью лишить суд таких полномочий?

28. Этот вопрос служит иллюстрацией к ранее рассматривавшимся проблемам. В статьях 9 и 27 типового закона содержатся положения, позволяющие суду оказывать поддержку в течение арбитражного разбирательства; а в положениях статей II,I4 и I5 суду отводится довольно ограниченная роль в том, что касается состава и изменения состава арбитражного суда. Однако такие полномочия носят совсем иной характер, чем те, которые рассматриваются в настоящий момент. Кроме того, хотя статья 34 представляет суду определенное право на вмешательство в тех случаях, когда арбитражное разбирательство проводилось в нарушение прав ответчика, этими правами можно пользоваться только путем обжалования арбитражного решения. Таким образом, в типовом законе не рассматриваются случаи обжалования арбитражного решения в течение арбитражного разбирательства. Разве это не означает, что такое обжалование арбитражного решения не "регулируется" типовым законом и вследствие этого не охватывается статьей 5?

Вмешательство на основании нарушения процессуальных норм

29. Соединенное Королевство придает большое значение правильному пониманию права на обжалование арбитражного решения по статье 34(2) в случае, когда доказано, что вынесение арбитражного решения было связано с серьезным нарушением процессуальных норм. Возможно, что в ходе рассмотрения этого вопроса на заседаниях Рабочей группы возникло некоторое непонимание.

30. В ходе обсуждения этого вопроса Соединенное Королевство заявило, что было бы желательно предоставить суду общие полномочия вмешиваться в подобных случаях посредством упоминания таких слов, как "неправильный образ действий" с учетом того, что такую юрисдикцию трудно определить конкретными терминами, не подвергаясь риску неумышленного лишения суда права на вмешательство в случаях, когда необходимость вмешательства очевидна. Против этого предложения выдвигались возражения на том основании, что оно не точное и о нем сложилось настолько неблагоприятное мнение, что Соединенное Королевство не намерено выдвигать его впредь. Тем не менее по-прежнему остается важным выяснить: a) (как это предлагалось несколько раз на заседаниях Рабочей группы) наделяет ли типовой закон правом обжалования арбитражного решения в отношении всех серьезных случаев нарушения процессуальных норм или b) намеренно ли типовой закон отказывает в праве обжалования арбитражного решения в некоторых из таких случаев.

3I. Если Комиссия считает толкование (a) правильным, Соединенное Королевство не станет добиваться внесения какой-либо поправки к соответствующему положению проекта, поскольку такое толкование, как представляется, вполне обеспечило бы желаемую степень защиты. Вместе с тем Соединенное Королевство обращает внимание на то, каким образом в типовом законе определяются обстоятельства, при которых вмешательство со стороны суда допустимо.

Статья 34(2)(a)(ii)

"... сторона, делающая это заявление, ... не была должным образом уведомлена ... об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения";

Статья 34(2)(a)(iv) и положение из текста статьи I9(3)

"... арбитражная процедура ... не соответствовала настоящему Закону..."

"... к сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должна быть предоставлена полная возможность изложить свое дело..."

Статья 34(2)(b)(ii)

"... арбитражное решение или любое содержащееся в нем постановление противоречит публичному порядку этого государства".

32. С целью оказать содействие рассмотрению этого вопроса Соединенное Королевство предлагает вниманию делегатов следующие примеры. Во всех случаях можно предположить, что стороны были должным образом уведомлены об арбитражном разбирательстве; что арбитражные процедуры проводились в соответствии с четко выраженными требованиями арбитражного соглашения или в

соответствии с положениями процедур, установленными арбитражным судом; и что арбитражный суд никак не препятствовал сторонам полностью представлять их документацию, свидетелей и доказательства.

a) Арбитражное решение основывается на показаниях, заведомая ложность которых доказана или допускается.

b) Арбитражное решение было получено путем подкупа третейского судьи или же свидетелей проигрывающей стороны.

c) Арбитражное решение является результатом признанной третейским судьей ошибки такого типа, который не подпадает под определение статьи 33(I)(a).

d) Были обнаружены свежие улики, которые не могли быть обнаружены при ведении арбитражного разбирательства с должной тщательностью и которые говорят о том, что арбитражное решение является неверным по существу, хотя и не по вине третейского судьи.

33. Соединенное Королевство решило подвергнуть сомнению вероятность того, что такие ситуации (которые служат лишь примерами самых разнообразных, не вполне предсказуемых заранее случаев, в которых третейский судья может ошибиться) могут охватываться положениями, указанными выше, за исключением тех случаев, когда они подпадают под положения о нарушении публичного порядка. Структура английского арбитражного права такова, что до сих пор не было необходимости в создании какой-либо доктрины публичного порядка в отношении случаев, подобных вышеуказанным: ясно выраженные, предусмотренные законом полномочия на вмешательство являются вполне достаточными. Соединенное Королевство не может объяснить, как термин "public policy" понимается в судах других государств, однако решения, на которые имеются ссылки в работе Ван ден Берга "Нью-йоркская арбитражная конвенция I958 года" на стр. 359 англ. текста и далее, говорят о том, что, по всей вероятности, широкому толкованию эти слова в целом не поддаются. Если такой подход сохранится, появится опасность того, что потерпевшая сторона не сможет защититься даже в случае серьезного нарушения процессуальных норм.

34. Только что приведенные комментарии приведены с учетом статьи 34. Они применимы также и к статье 36 при условии, что статья I9(3) не послужит основанием для вмешательства суда, за исключением тех случаев, когда в право страны, в которой проходило арбитражное разбирательство, включен типовой закон: сравните статью 36(I)(a)(iv) со статьей 34(2)(a)(iv).

35. В отношении вопросов, поднятых под этой рубрикой, Соединенное Королевство обращает внимание на статью 52 Конвенции о регулировании инвестиционных споров (Вашингтон, I965 год), в которой оно усматривает пример более определенного подхода к обжалованию арбитражного решения в случае серьезного нарушения процедуры разбирательства.

Согласие сторон в отношении контроля со стороны суда

36. Неоднократно подчеркивалось, что основополагающим принципом типового закона является "автономия стороны". Арбитраж представляет собой согласительную процедуру, и нормальное течение процесса наилучшим образом гарантируется такими положениями, которые позволяют коммерческим сторонам проводить их арбитражное разбирательство любым способом, который они согласились считать удобным, за исключением тех немногих случаев, когда необходимо обеспечить, чтобы судам данного государства не вменялось в обязанность санкционировать процедуры и арбитражные решения при таких обстоятельствах, которые позволяют их оспаривать. Соединенное Королевство целиком поддерживает такой подход.

37. В связи с этим возникает вопрос, может ли и в какой степени, принцип автономии стороны применяться в области контроля со стороны суда. Считается общепризнанным, что на определенных этапах арбитражного разбирательства должна иметь место некоторая степень контроля со стороны суда, хотя могут быть разногласия в отношении соответствующих этапов и допустимой степени. Поэтому в типовом законе должна быть установлена минимальная степень контроля со стороны суда. Из этого, однако, не следует, что в типовом законе должна быть установлена также и максимальная степень контроля со стороны суда, что устранило бы даже те средства контроля со стороны суда, которые сами стороны желали бы сохранить. Разве не говорит принцип автономии стороны о том, что если стороны согласились пользоваться мерами, предусмотренными местным правом, суд должен придать их соглашению юридическую силу?

38. Соединенное Королевство подняло этот вопрос в связи с тем, что последние консультации по проекту типового закона показали, что в Соединенном Королевстве среди деловых кругов, которые пользуются арбитражными процедурами, имеется довольно устоявшееся (хотя конечно же далеко не единодушное) мнение в пользу сохранения возможности обращения в суд по вопросам права. Вполне понимая мнение, несомненно разделяемое большинством членов Рабочей группы, что стороны не следует принуждать обращаться в суд по вопросам права, Соединенное Королевство полагает, что из принципа автономии стороны логически вытекает предоставление сторонам возможности обращаться в суд, если они об этом договорились. Тот же вывод относится и к другим мерам помощи со стороны суда в ходе арбитражного разбирательства, которые также исключаются положениями проекта типового закона. Соединенное Королевство предлагает пересмотреть положение, придающее обязательную силу статье 5.

/A/CN.9/263/Add.3/

Добавление

В настоящем добавлении к документу A/CN.9/263 содержится обзор комментариев Египта к проекту текста типового закона о международном торговом арбитраже*. Учитывая важный характер этих комментариев, а также то, что они касаются нескольких вопросов или статей, они приводятся в настоящем документе в порядке их представления.

* Данные комментарии были получены секретариатом 29 мая 1985 года. Они были распространены среди участников восемнадцатой сессии на французском языке, поскольку своевременный перевод оригиналов на пять других официальных языков Организации Объединенных Наций к сессии не представлялся возможным. Они публикуются в форме послесессионного документа, с тем чтобы подборка документов, представленных Комиссии в ходе рассмотрения проекта типового договора, была полной.

КОММЕНТАРИИ ЕГИПТА ПО ПРОЕКТУ ТИПОВОГО ЗАКОНА О МЕЖДУНАРОДНОМ ТОРГОВОМ АРБИТРАЖЕ

ВВЕДЕНИЕ

I. Египет свидетельствует свое почтение и выражает признательность Председателю Рабочей группы по международной договорной практике, членам этой Группы и секретариату Комиссии за проделанную ими серьезную и полезную работу по подготовке проекта типового закона о международном торговом арбитраже. Египет хотел бы также выразить удовлетворение проектом типового закона в целом и надеется, что работа данной сессии Комиссии завершится его принятием.

2. Создав в Каире арбитражный центр под эгидой Афро-азиатского консультативно-правового комитета, Египет считает, что настало время обновить свое законодательство в области торгового арбитража, которое, особенно в международном плане, является неадекватным и неполным. По этой причине Египет проявляет особый интерес к находящемуся на рассмотрении проекту закона и надеется, что такой интерес проявляет и целый ряд других государств, которые, подобно Египту, намечают принять законодательство в области торгового арбитража, в большей степени соответствующее потребностям международной практики. Не ожидая окончательного принятия этого проекта, Каирский арбитражный центр уже учредил рабочую группу, которой было поручено изучить этот проект и рассмотреть вопрос о его включении в новое законодательство, которое планируется принять в Египте. После введения в действие этого законодательства Каирский центр, который уже принял арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, станет эффективным арбитражным органом в своем регионе, основывающимся в своей работе на комплексе полных и признанных на международном уровне правовых норм.

3. Одобряя проект типового закона в целом, Египет тем не менее хотел бы представить Комиссии некоторые комментарии по этому проекту, одни из которых носят общий характер, а другие касаются конкретных статей.

ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Типовой закон и национальный арбитраж

4. В соответствии с целями того органа, который предложил его разработку, этот проект касается лишь международной торговли и в нем предлагается типовой закон об арбитраже, который, вероятно, получит поддержку большинства стран и обеспечит таким образом определенную унификацию права в этой области. В связи с этим он ограничивается международным торговым арбитражем и не учитывает того факта, что принимающее его государство будет иметь в своем законодательстве два закона (оба национальные): один - регулирующий так называемый национальный арбитраж, не подпадающий под определение международного, изложенное в пункте 2 статьи I, а другой - арбитраж, являющийся международным с точки зрения упомянутого пункта. Вместе с тем нередко государства, желающие преодолеть такой дуализм, предпочитают расширить сферу применения типового закона, распространив его положения на обе категории арбитража. В этом случае государство столкнется с трудностями, которые оно сможет преодолеть лишь путем включения в типовой закон изменений, способных устранить различия в законодательстве и коллизию норм права. Египет, в частности, учитывает положения типового закона, затрагивающие публичный порядок некоторых государств, например, такие как отсутствие обоснования арбитражного решения, неограниченное право сторон уполномочить арбитра вынести решение ex aequo et bono, отсутствие требования о том, чтобы число арбитров было нечетным, ограничение судебного контроля над процедурой арбитража. В тех случаях, когда речь идет о международных отношениях, государство могло бы пойти на эти отклонения от норм публичного порядка, однако в национальном плане государство проявляет большую щепетильность в отношении требований публичного порядка. Именно здесь возникает проблема для государства, желающего объединить две категории арбитража в рамках типового закона. Рабочая группа эту проблему не рассматривала. На столь позднем этапе работы Египет хотел бы указать на это, не предлагая Комиссии заняться рассмотрением этой проблемы, поскольку могут возникнуть возражения, что это частная проблема, которую каждое заинтересованное государство будет решать по своему усмотрению. Тем не менее эта проблема является также фактором, который может вызвать несоответствия норм национального законодательства и поставить под угрозу достижение целей унификации.

Типовой закон и Нью-йоркская конвенция 1958 года

5. Последняя глава типового закона включает две статьи - 35 и 36, касающиеся признания и приведения в исполнение арбитражных решений. В пункте 1 статьи 35 на государство, принимающее типовой закон, возлагается обязательство признания и приведения в исполнение арбитражного решения при определенных условиях, предусмотренных в пунктах 2 и 3 той же статьи. Статья 36 содержит исчерпывающий список оснований для отказа в признании или приведении в исполнение.

6. Как известно, по этому вопросу существует международная конвенция (Нью-йоркская конвенция 1958 года), действенность которой повсеместно признана. Для государств, которые уже ратифицировали эту Конвенцию или присоединились к ней, нет необходимости в статьях 35 и 36 типового закона, поскольку эти статьи вызовут ненужное дублирование в их законодательстве. Учитывая успех Нью-йоркской конвенции, весьма вероятно, что статьи 35 и 36 будут служить интересам лишь меньшинства государств, которые рано или поздно присоединятся к Конвенции и таким образом примут систему, признанную большинством членов международного сообщества. По этой причине Египет считает, что мало что изменилось бы, если типовой закон заканчивался бы на статье 34.

7. Если бы в поддержку сохранения статей 35 и 36 указывалось на недостатки или двусмысленность некоторых положений Нью-йоркской конвенции, то средством исправления положения было бы не дублирование, а предложение со стороны Комиссии пересмотреть Конвенцию и серьезно изучить предлагаемые изменения.

Термины "торговый" и "международный"

8. Что касается термина "торговый", то Египет, понимая разницу между коммерсантами и некоммерсантами, а также между торговыми и гражданскими сделками, одобряет текст примечания к пункту 1 статьи 1, поскольку в нем предлагается приемлемый компромисс между различными правовыми системами. Однако, хотя в принципе Египет одобряет этот текст, ему будет трудно включить такую сноску в текст типового закона при его принятии, поскольку в египетском законодательстве отсутствует практика включения сносок в тексты законов и приведение примеров, помогающих толковать такие законы. В связи с этим Египет предлагает включить в статью 2 определение термина "торговый" и включить в него содержание упомянутого примечания, опустив приводимые в нем примеры. Безусловно, эти примеры были бы полезными для уточнения весьма широкого предлагаемого определения, однако такое уточнение лучше было бы сделать в комментарии к типовому закону или в сопровождающей его пояснительной записке.

9. Что касается термина "международный", то Египет поддерживает систему, предусмотренную в пункте 2 статьи 1, в подпункте (a) которого устанавливается общий критерий, а в подпункте (b) приводятся другие ситуации, с тем чтобы сделать более гибким этот жесткий общий критерий и, следовательно, расширить понятие международного характера. По мнению Египта, эта система обеспечивает разумный компромисс между противоположными мнениями, согласно которым следует либо чрезмерно расширить, либо чрезмерно ограничить сферу применения типового закона.

Территориальная сфера применения

10. Не предрешая результатов прений в Комиссии по проблеме территориальности или экстерриториальности типового закона, переданной Рабочей группе на рассмотрение, Египет хотел бы уточнить свою позицию по двум связанным с этой проблемой вопросам.

11. Первый вопрос касается права сторон свободно выбирать процедурные нормы, регулирующие их арбитраж. Какими бы ни были результаты прений в Комиссии по рассматриваемой проблеме, Египет выступает за уважение такого права. Помимо норм, направленных на обеспечение справедливости, Египет возражает против любого решения, затрагивающего это право, будь то возлагающего на стороны обязательство применять процедурные нормы места арбитража или ограничивающего их право прибегать к процедурным нормам из выбранных ими других источников (например, таких как иностранный закон, арбитражный регламент или нормы, выбранные сторонами по своему желанию).

12. Второй вопрос относится к статье 34, в пункте 1 которой две фразы, оставленные в квадратных скобках, касаются проблемы территориальной сферы применения. В этом тексте, в котором говорится о заявлении об отмене арбитражного решения, указано, что, для того чтобы заявление было приемлемым, решение должно быть вынесено "на территории данного государства"

(принцип территориальности) "в силу настоящего закона" (принцип экстерриториальности), и он оставляет на усмотрение Комиссии решение вопроса о том, следует ли сохранить эти два выражения, исключить их или же исключить одно из них.

13. В отношении этого вопроса Египет выступает за сохранение принципа территориальности, то есть за то, чтобы сохранить выражение "на территории данного государства" и исключить другое выражение "в силу настоящего закона". По существу, это последнее предложение могло бы дать национальным судам право выносить решение о действительности или недействительности арбитражного решения, вынесенного за пределами их территории. Такая экстерриториальная компетенция может быть приемлемой для многих стран только на основе принципа взаимности.

14. В этой связи Египет хотел бы добавить, что он выступает за включение в статью 2 общего определения арбитражного решения. В том случае, если будет трудно сформулировать такое определение, Комиссия могла бы попытаться уточнить в статье 34, какие виды решений могут быть аннулированы в силу этой статьи, поскольку именно в этом контексте данное определение представляется наиболее полезным.

Одновременное существование статей 34 и 36

15. Египет уже изложил причины, по которым он предпочитает, чтобы типовой закон завершался статьей 34, касающейся заявления об отмене арбитражного решения, и чтобы в нем не рассматривалась - как это сделано в статьях 35 и 36 - проблема признания и приведения в исполнение арбитражных решений, которая регулируется другими международными текстами, в частности Нью-йоркской конвенцией 1958 года.

16. Однако это представляет собой лишь предложение, и Комиссия может отклонить его, и в этом случае проблема отмены и проблема признания будут одновременно рассматриваться в рамках типового закона. Насколько информирован Египет, это был бы первый случай одновременного рассмотрения этих двух проблем в одном международном тексте: в Нью-йоркской конвенции 1958 года рассматривается лишь проблема признания и приведения в исполнение арбитражных решений, тогда как Европейская конвенция 1961 года, преследующая более широкие цели, не рассматривает эту проблему и посвящена только отмене.

17. Включение двух рассматриваемых проблем в типовой закон объясняется естественным стремлением сделать его полным и независимым. Сама по себе эта цель является похвальной, однако одновременное существование двух текстов,устанавливающих два средства для оспаривания решений на основе одних и тех же мотивов, может привести к путанице. Приведем два примера:

a) В том случае, если суд, указанный в статье 6, которому поручено рассмотреть заявление об отмене, выносит решение о такой отмене, трудностей не возникнет и арбитражное решение будет отменено полностью; оно не будет ни признано, ни приведено в исполнение ни в одной из стран, принявших типовой закон. Однако, какой же будет ситуация в обратном случае, то есть когда суд выносит решение отказать в заявлении об отмене? Будет ли тогда возможность оспаривать решение перед органом, которому поручено рассмотреть просьбу о признании и приведении в исполнение, на основе тех же мотивов, что и те, которые лежали в основе заявления об отмене, по которому было отказано?

b) В статье 34 указывается максимальный срок подачи заявления об отмене (три месяца). В статье 36 не устанавливается какого-либо срока для подачи заявления о приведении в исполнение, что позволяет стороне, утратившей право подавать заявление об отмене, использовать последнюю возможность и оспаривать решение на стадии рассмотрения просьбы об экзекватуре. Какова же в этом случае ценность положения о максимальном сроке, содержащегося в статье 34, если оно не может защитить арбитражное решение от запоздалых возражений?

18. Последствия одновременного осуществления статей 34 и 36 являются еще более серьезными, когда речь идет о действительности или недействительности арбитражного соглашения, поскольку здесь действуют еще две статьи (статья 8 и статья 16), что вызывает другие осложнения. Вот один из примеров:

19. В договоре купли-продажи, заключенном между египетским предприятием и ливанским коммерсантом, содержится арбитражная оговорка, предусматривающая проведение арбитража в Египте. После возникновения разногласий между двумя сторонами ливанский коммерсант, утверждающий, что предмет спора не подпадает под положения этой арбитражной оговорки, предъявляет

иск в компетентном суде в Ливане. Египетская сторона, придерживающаяся обратного мнения, требует передачи спора в египетский арбитраж. Возражения ливанской стороны основаны на отсутствии арбитражного соглашения, охватывающего предмет спора. Обратимся к статье 8:

a) ливанский суд выносит решение о передаче дела в арбитраж, что предполагает признание им существования, действительности и эффективности арбитражного соглашения;

b) в арбитражном суде в Египте ливанская сторона выдвигает возражение о некомпетентности, основанное на том же мотиве, а именно на отсутствии арбитражного соглашения. Обращаемся к статье 16, которая не запрещает вновь выдвигать возражение, основанное на тех же мотивах;

c) арбитражный суд выносит свое решение по существу спора и по этому возражению в пользу египетской стороны. Отклоняя возражение о некомпетентности, он одновременно признает наличие, действительность и эффективность арбитражного соглашения;

d) в пределах трехмесячного срока ливанская сторона предъявляет в египетском суде, упомянутом в статье 6, требование об отмене решения, основанное на том же мотиве. Это делается в соответствии со статьей 34, в которой не содержится каких-либо положений, запрещающих подавать такой иск;

e) суд, упомянутый в статье 6, отклоняет требование об отмене, и это означает, что он признает уже в третий раз существование, действительность и эффективность арбитражного соглашения;

f) затем египетская сторона обращается к ливанскому органу, которому поручена выдача экзекватуры, однако там она наталкивается на возражение ливанской стороны, которая уже в четвертый раз ссылается на отсутствие арбитражного соглашения. Обращаемся к статье 36, в которой также не говорится о каких-либо препятствиях для подачи такого требования, основанных на том, что суд, упомянутый в статье 6, вынес решение о существовании и действительности арбитражного соглашения.

20. Этот пример показывает, насколько слаба координация между четырьмя положениями, содержащимися в типовом законе и регулирующими одну и ту же проблему. Каждое из них существует самостоятельно и независимо от других, и нет связи, которая могла бы объединить их в рамках одной окончательной системы.

ЗАМЕЧАНИЯ ПО ОТДЕЛЬНЫМ СТАТЬЯМ

Статья 4

21. Египет поддерживает эту статью как по существу, так и по форме. Достоинство этого текста состоит в том, что он устраняет жесткость презумпции, которую он создает, предоставляя судье право оценивать составляющие ее элементы.

Статья 5

22. Хотя эта статья затрагивает деликатный вопрос, а именно вопрос о контроле суда над арбитражем, Египет выступает за то, чтобы сохранить ее, поскольку, ограничивая такой контроль случаями, предусмотренными в типовом законе, она позволяет урегулировать расхождения в национальных законодательствах в этой области и освобождает арбитражное разбирательство от возлагаемого на него тяжелого бремени в законодательстве некоторых стран.

23. Египет выступает также за ограничение сферы действия статьи 5 только вопросами, регулируемыми типовым законом, поскольку исключение других вопросов, в частности тех, которые были исключены Рабочей группой, устанавливают равновесие, уменьшающее уязвимость некоторых государств в этой области.

Статья 6

24. Замечание по форме: вместо указания номеров статьей и пунктов, касающихся функций суда, о которых идет речь, мы предлагаем использовать следующую общую формулировку: "Компетентным судом для выполнения функций, указанных в настоящем законе, является ...". Следует отметить, что формулировка "в настоящем законе" используется в тексте неоднократно.

Статья 8

25. Египет считает пункт I приемлемым. Египет разделяет ту точку зрения, что сфера его действия не должна выходить за пределы двух изложенных в нем принципов, а именно принципа о том, что суд не может издавать приказ о передаче дела в арбитрад после истечения срока, предусмотренного в тексте, и принципа о неприемлемости требования о такой передаче после истечения этого срока.

26. Что касается пункта 2, то Египет предлагает добавить в конце этого пункта фразу "если суд не приостановит арбитражное разбирательство", которая первоначально содержалась в тексте и была исключена Рабочей группой. По мнению Египта, было бы целесообразно предоставить суду право принять решение о приостановлении арбитражного разбирательства, если он считает, что наиболее вероятным результатом будет отмена арбитражного соглашения или признание его недействительным. Такая мера позволила бы сэкономить время, усилия и средства.

Статья I3, пункт 3

27. Этот пункт позволяет продолжать арбитражное разбирательство арбитражному суду во время рассмотрения судом, упомянутым в статье 6, заявления об отводе. Египет считает, что целесообразно было бы предоставить суду также право приостановить разбирательство во всех случаях, когда он считает, что существуют причины, оправдывающие такую меру.

28. Если Комиссия согласится с этим предложением, предлагается сформулировать последнюю фразу пункта 3 следующим образом:

> "... во время рассмотрения такой просьбы арбитражный суд, включая арбитра, которому заявлен отвод, может продолжать арбитражное разбирательство, если только суд не примет решения прервать его".

Статья 22, пункт 3*

29. Предлагается изменить этот пункт следующим образом:

> "Арбитражный суд может распорядиться о том, чтобы любые документальные доказательства сопровождались переводом на язык, языки или один из языков, о которых договорились стороны или которые определены арбитражным судом".

30. Цель данного предложения, согласно которому следует добавить слова "или один из языков", заключается в экономии времени и средств. Тот факт, что стороны или суд выбрали несколько языков для использования в арбитражном разбирательстве, показывает, что использование одного из этих языков не нанесет ущерба позициям сторон.

3I. Следует отметить, что, согласно этому предложению, слово "языки" сохраняется наряду с предлагаемыми словами "один из языков", с тем чтобы предоставить арбитражному суду более широкую возможность выбора. Он может также потребовать перевода на все согласованные языки, если это целесообразно с учетом обстоятельств.

Статья 27

32. Египет считает, что сферу применения этой статьи следует ограничить арбитражным разбирательством, проводимым на территории данного государства. Египту представляется чрезмерным возлагать на государство обязательство оказывать содействие в случае проведения арбитражного разбирательства за пределами его территории.

Статья 28

33. Предлагается изменить пункт 2 следующим образом:

> "Если стороны не указали на применимое право, арбитражный суд применяет материальное право, которое он считает применимым к данному вопросу".

---

* Примечание секции перевода: в проекте закона нет "пункта 3"; вероятно, имеется в виду "пункт 2".

34. Комментарий: пункт I статьи 28 предоставляет сторонам возможность свободно выбирать право, применимое к существу их спора. Он устанавливает даже презумпцию, в соответствии с которой указание на право какого-либо государства считается, при отсутствии иных указаний, прямым указанием на материальные нормы этого права, а не на коллизионные нормы.

35. При отсутствии указания на право сторонами пункт 2 возлагает эту задачу на арбитражный суд. Однако вместо того, чтобы предоставить суду возможность прямо указать на материальное право, как это сделано в пункте I в отношении сторон, он предоставляет ему лишь возможность выбора права, коллизионные нормы которого будут использованы для указания на применимое материальное право.

36. Такое различие между этими двумя случаями представляется неприемлемым. Оно объясняется пережитками неправомерного недоверия к институту арбитража, пережитками устаревшими, уже отвергнутыми на практике. Предложение Египта направлено на то, чтобы устранить это различие.

Статья 32, пункт 2, подпункт (b)

37. В тексте говорится, что в том случае, когда арбитражное разбирательство становится ненужным или неуместным, арбитражный суд "может" вынести постановление о прекращении разбирательства. Слово "может" означает право, а не обязательство. В результате этого, несмотря на убежденность в том, что разбирательство стало ненужным или неуместным, арбитражный суд может тем не менее вынести постановление о его продолжении. По какой причине? С какой целью? В чьих интересах? В тексте это не уточняется. Ясно, что продолжение такого разбирательства будет означать лишь ненужную трату времени, усилий и средств. В этой связи мы предлагаем изменить пункт 2 следующим образом:

> "2. Арбитражный суд выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства, если:
>
> a) истец отказывается ... (далее без изменений);
>
> b) арбитражное разбирательство в силу любой иной причины становится ненужным или неуместным".

Статья 34, пункт 2, подпункт (b)(i)

38. Египет поддерживает мнение о том, что этот текст следует исключить. Причины, лежащие в основе этого предложения, выдвигались и обсуждались в Рабочей группе и не будут снова приводиться здесь. Египет лишь может добавить, что исключение данного текста не означает исключения неподсудности арбитражному суду из перечня оснований для отмены, поскольку вопросы, связанные с такой отменой, будут охватываться текстами других пунктов: подпункта (b)(ii), если подсудность арбитражному суду входит в публичный порядок данного государства, и подпункта (a)(i) в тех случаях, когда в законе этого государства она рассматривается как элемент арбитражного соглашения.

B. Аналитический комментарий к проекту текста типового закона о международном торговом арбитраже: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/264) а/

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
ВВЕДЕНИЕ		I60
АНАЛИТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ		I6I
ГЛАВА I.	ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	I6I
Статья I.	Сфера применения	I6I
Статья 2.	Определения и правила толкования	I66
Статья 4.	Отказ от права на возражение	I68
Статья 5.	Сфера вмешательства суда	I69
Статья 6.	Суд для выполнения определенных вспомогательных функций и функции надзора в отношении арбитража	I70
ГЛАВА II.	АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ	I7I
Статья 7.	Определение и форма арбитражного соглашения	I7I
Статья 8.	Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде	I72
Статья 9.	Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда	I73
ГЛАВА III.	СОСТАВ АРБИТРАЖНОГО СУДА	I74
Статья I0.	Число арбитров	I74
Статья II.	Назначение арбитров	I75
Статья I2.	Основания для отвода	I77
Статья I3.	Процедура отвода	I78
Статья I4.	Бездействие или невозможность действия	I80
Статья I4-бис		I8I
Статья I5.	Назначение нового арбитра	I8I
ГЛАВА IV.	КОМПЕТЕНЦИЯ АРБИТРАЖНОГО СУДА	I82
Статья I6.	Право на вынесение постановления о своей компетенции	I82
Статья I8.	Полномочие арбитражного суда на вынесение решения о принятии обеспечительных мер	I85
ГЛАВА V.	ВЕДЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА	I86
Статья I9.	Определение правил процедуры	I86
Статья 20.	Место арбитража	I88
Статья 2I.	Начало арбитражного разбирательства	I89
Статья 22.	Язык	I90
Статья 23.	Исковое заявление и возражения по иску	I9I
Статья 24.	Слушания и письменное разбирательство на основе документов	I93
Статья 25.	Непредставление документов или неявка стороны	I94
Статья 26.	Эксперт, назначенный арбитражным судом	I96
Статья 27.	Содействие суда в получении доказательств	I96
ГЛАВА VI.	ВЫНЕСЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА	I98
Статья 28.	Нормы, применимые к существу спора	I98
Статья 29.	Вынесение решения группой арбитров	200
Статья 30.	Мировое соглашение	20I

а/ Рассмотрение Комиссией см. Доклад, глава II, A (часть первая, A, выше).

Стр.

Статья 31. Форма и содержание арбитражного решения 201
Статья 32. Прекращение разбирательства 203
Статья 33. Исправление и толкование решений и дополнительные решения 203

ГЛАВА VII. ОБЖАЛОВАНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ 205

Статья 34. Заявление об отмене как исключительное средство обжалования арбитражного решения 205

ГЛАВА VIII. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ 208

Статья 35. Признание и приведение в исполнение 208
Статья 36. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение 210

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей четырнадцатой сессии Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли решила поручить своей Рабочей группе по международной договорной практике подготовить проект типового закона о международном торговом арбитраже 1/. На этой сессии в распоряжении Комиссии был доклад Генерального секретаря под названием "Возможные особенности типового закона о международном торговом арбитраже" (A/CN.9/207). Было достигнуто соглашение относительно того, что этот доклад, в котором определяются задачи и цели данного проекта и возможное содержание типового закона, явится хорошей основой для его разработки 2/.

2. Рабочая группа начала работу своей третьей сессии с обсуждения ряда вопросов с целью определения основных особенностей проекта типового закона 3/. На четвертой сессии Рабочая группа рассмотрела проекты статей, подготовленные секретариатом 4/, а на пятой и шестой сессиях рассмотрела измененные и пересмотренные варианты статей типового закона 5/. На седьмой сессии Рабочая группа рассмотрела проект сводного документа и, после того как Редакционная группа подготовила соответствующие варианты на шести рабочих языках Комиссии, утвердила проект типового закона, содержащегося в приложении к ее докладу 6/.

3. На своей семнадцатой сессии Комиссия просила Генерального секретаря направить данный проект типового закона о международном торговом арбитраже всем правительствам и заинтересованным международным организациям для получения их замечаний и просила секретариат подготовить аналитический обзор их комментариев 7/. Она также решила рассмотреть на своей восемнадцатой сессии (1985 год) проект данного документа с учетом этих комментариев, с тем чтобы окончательно подготовить и утвердить текст типового закона о международном торговом арбитраже 7/.

4. В ходе семнадцатой сессии было предложено, чтобы секретариат подготовил комментарий к проекту типового закона, который мог бы помочь правительствам в подготовке своих замечаний по проекту документа, а затем в рассмотрении ими любых законодательных действий, основанных на данном типовом законе. Комиссия высказала мнение, что подобный комментарий, хотя он и не мог быть подготовлен своевременно для оказания помощи правительствам в подготовке своих замечаний, окажется полезным, если он будет разработан к восемнадцатой сессии Комиссии 8/. Соответственно Комиссия постановила просить секретариат представить к восемнадцатой сессии Комиссии комментарий к данному проекту типового закона о международном торговом арбитраже 9/.

5. Настоящий доклад подготовлен в соответствии с этой просьбой. В нем содержится краткое объяснение мотивов принятия того или иного положения и сферы его действия, которое во многих случаях сопровождается разъяснениями и толкованием отдельных терминов. В нем нет полного описания подготовительной работы, включая разного рода предложения и проекты вариантов, которые не были приняты. Для тех, кто желает получить более полную информацию о том или ином положении, в комментарии даются ссылки на соответствующие разделы докладов о работе пяти сессий Рабочей группы 10/.

6. В ходе подготовки данного комментария секретариат учитывал тот факт, что он не является комментарием к окончательному документу и что его первостепенная и непосредственная цель заключается в том, чтобы оказать помощь Комиссии в рассмотрении и завершении разработки документа. Поэтому секретариат позволил себе отметить возможные неясности и неувязки, сопровождая это в ряде случаев предложениями, которые Комиссия, возможно пожелает рассмотреть. Была сделана попытка с помощью таких оборотов, как "представляется на рассмотрение" или "предлагается", провести различие между соответствующей точкой зрения секретариата и теми объяснениями или толкованиями, которые совпадают с единогласным или преобладающим мнением членов Рабочей группы.

АНАЛИТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ II/

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья I. Сфера применения*

1) Настоящий Закон применяется к международному торговому** арбитражу. Его положения подчиняются любому многостороннему или двустороннему соглашению, заключенному данным государством.

2) Арбитраж является международным, если:

a) стороны арбитражного соглашения имеют в момент заключения данного соглашения коммерческие предприятия в различных государствах; или

b) одно из следующих мест находится за пределами государства, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия:

i) место арбитража, если оно определено в арбитражном соглашении или вытекает из него;

ii) любое место, где должна быть выполнена значительная часть обязательств, вытекающих из торговых взаимоотношений, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора; или

c) предмет арбитражного соглашения каким-либо иным образом связан более чем с одним государством.

3) Для целей пункта 2 настоящей статьи, если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, соответствующим коммерческим предприятием считается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению. Если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее постоянное местожительство.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты I6-2I
A/CN.9/232, пункты 26-36
A/CN.9/233, пункты 47-60
A/CN.9/245, пункты I60-I68, I73
A/CN.9/246, пункты I56-I64

КОММЕНТАРИЙ

I. Статья 2 проекта типового закона о международном торговом арбитраже (ниже именуемого "типовой закон") касается предполагаемой сферы применения типового закона. В частности, в ней определяется основная область применения, которая в соответствии с полномочиями

---

* Названия статей приводятся только для справочных целей и не используются в целях толкования.

** Термин "торговый" следует толковать широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех взаимоотношений торгового характера. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или обмене товарами; соглашение об оптовом распределении товаров; торговые представительства или учреждения; факторные операции; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; проектно-конструкторские разработки лицензирования; инвестирование, финансирование; предоставление банковских услуг; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или делового сотрудничества; перевозку товаров и пассажиров по воздуху, морем, по железным или автомобильным дорогам.

Рабочей группы Комиссии I2/ является "международным торговым арбитражем". Перед рассмотрением этой основной сферы применения приводятся общие замечания о форме типового закона и о других аспектах его применения.

"Настоящий закон применяется... "

Типовой закон является "настоящим законом" для данного государства

2. В типовом законе определяется способ унификации и совершенствования национальных арбитражных законов, предусматриваемый Рабочей группой при условии принятия Комиссией окончательного решения о типовом законе. Настоящий документ в его окончательной форме будет рекомендован Комиссией, а затем Генеральной Ассамблеей всем государствам для включения его в соответствующие национальные законодательства.

3. Для облегчения такого включения документ был составлен в форме, в которой он может быть принят в данном государстве. В комментарии выдерживается этот подход к тому или иному государству, и "данное государство" I3/, где "настоящий закон" будет применяться, называется государством X.

Территориальная сфера применения (еще не определена)

4. В "настоящем законе" в его теперешнем виде вообще не указывается, к какому индивидуальному арбитражу (международного торгового характера) он применяется. Одна из возможностей заключается в использовании в качестве определяющего фактора места арбитража, то есть охватывать все арбитражные случаи в "данном государстве" (X). Другой возможностью будет признание свободы сторон в выборе законодательства иного, чем законодательство места арбитража, и в охвате всех арбитражных случаев, имеющих место в государстве X, если стороны не выбрали закон другого государства, а также те случаи "иностранного" арбитража, для которого стороны избрали закон "данного государства" (X).

5. В Рабочей группе преобладает мнение в пользу первого решения (то есть строгого соблюдения территориального критерия), но решение сводится к тому, чтобы этот вопрос не определять четко в статье I I4/. Нерешенным остался также вопрос в связи со статьей 34, что видно из двух вариантов, заключенных в квадратные скобки:"вынесенного [на территории данного государства] [в соответствии с настоящим законом] арбитражного решения" I5/. Аналогичным образом не обязательной является нынешняя формулировка статьи 27 ("при арбитражном разбирательстве, происходящем в данном государстве или в соответствии с настоящим законом"), которая могла бы удовлетворять обоим приведенным выше возможностям I6/.

6. Вопрос о территориальной сфере применения, который еще должен быть решен Комиссией, должен быть урегулирован в отношении большинства, а не всех положений типового закона. Причина заключается в том, что некоторые положения, касающиеся роли судов государства X в отношении признания арбитражных соглашений (статьи 8 и 9) I7/, а также признания и исполнения арбитражных решений (статьи 35 и 36), имеют целью охватить арбитражные соглашения или решения без учета места арбитража или выбора процессуального закона.

Типовой закон как "lex specialis"

7. Если типовой закон принимается в государстве X, "настоящий закон применяется" как lex specialis, то есть исключает все другие соответствующие положения недоговорного закона I8/, независимо от того, содержатся ли они, например, в гражданском процессуальном кодексе или в отдельном законе об арбитраже. Этот приоритет, хотя и не ясно выражен в типовом законе, вытекает из цели разработки законодательства, заключающейся в том, чтобы установить для международного торгового арбитража особый режим.

8. Следует отметить (и, возможно, отразить в статье I), что типовой закон преобладает над другими положениями только в отношении тех случаев и вопросов, которые им охватываются. Поэтому другие положения национального законодательства остаются применимыми, если они касаются вопросов, которые, хотя и относятся к международному торговому арбитражу, остаются за рамками типового закона (например, способность сторон заключить арбитражное соглашение, влияние иммунитета государства, укрепление процедуры арбитражных разбирательств, компетенция арбитражного суда подтверждать договоры, договорные отношения между арбитрами и сторонами или арбитражными органами, установление гонорара и требования депозитов, гарантии выплаты гонораров или судебных издержек, сроки исполнения арбитражного решения).

Типовой закон уступает договорному праву

9. В соответствии с пунктом I статьи I "настоящий закон" подчиняется "любому многостороннему или двустороннему соглашению, действующему в данном государстве". Это положение можно было бы считать лишним, поскольку приоритет договорного права вытекает в большинстве, если не во всех правовых системах из внутренней иерархии истоков права. Тем не менее это положение сохранено в качестве полезного декларирования намерения не затрагивать в законодательстве действительности и функционирования многосторонних и двусторонних соглашений, действующих в государстве X.

I0. Это положение в основном могло бы относиться к договорам, посвященным тому же предмету, что и типовой закон. Наглядными примерами таких многосторонних договоров являются Конвенция о признании и исполнении иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, I958 год; ниже именуется "Нью-йоркская конвенция I958 года"), Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, I96I год; ниже именуется "Женевская конвенция I96I года"), Конвенция о регулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, I965 год, ниже именуется "Вашингтонская конвенция I965 года) и Межамериканская конвенция о международном торговом арбитраже (Панама, I975 год) I9/.

II. Следует, однако, отметить, что сфера действия этого положения более широкая в том смысле, что она тоже охватывает договоры, посвященные другим предметам, но содержащие положения об арбитраже. Примером может служить Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов, I978 год (Гамбург), статья 22 (3), которой уменьшает значение первоначального соглашения о месте арбитража, предусматривая некоторые другие места по выбору истца 20/. Это положение, если оно действует в государстве X и применимо к данному случаю, преобладает над статьей 20 данного типового закона, который признает свободу сторон договориться о месте арбитража и признает полную юридическую силу за таким выбором, независимо от того, сделан он до или после возникновения спора.

Основная сфера применения: "международный торговый арбитраж"

I2. Основная сфера применения данного типового закона, как указано в его названии, - "международный торговый арбитраж". Этот широко используемый термин включает в себя три элемента, которые в данном типовом законе определяются, объясняются или сопровождаются пояснениями.

"Арбитраж"

I3. Данный типовой закон, как и большинство конвенций и национальных законов об арбитраже, не определяет термина "арбитраж". В его статье 7(I) лишь поясняется, что он охватывает любой арбитраж, "независимо от того, производится ли" он "постоянным арбитражным учреждением или нет". Таким образом он применим к чисто временному ad hoc арбитражу и к любому типу осуществляемого или институционного арбитража.

I4. Разумеется, что термин "арбитраж" не следует понимать как относящийся только к осуществляемому в данный момент арбитражу, то есть арбитражному разбирательству. Он относится также ко времени до и после такого разбирательства, как это явствует, например, из положений о признании арбитражных соглашений и - далее - арбитражных решений.

I5. Хотя типовой закон в общем призван охватить все виды арбитража, здесь следует упомянуть о двух оговорках, которые не сразу видны из текста, но которые могут быть сделаны любым государством, принимающим типовой закон 2I/. Типовой закон предназначен для консенсуального арбитража, то есть арбитража, основанного на добровольной договоренности сторон (как это оговаривается в статье 7(I); значит он не охватывает принудительного арбитража. Не охватываются также различные типы так называемого "свободного арбитража", такого, например, как голландский bindend advies, немецкий Schiedsgutachten, или итальянский arbitrato irrituale

"Торговый"

I6. В типовом законе оставлен без определения термин "торговый", как в конвенциях по международному торговому арбитражу. Хотя было бы желательным иметь четкое определение, такого определения, которое точно проводило бы разграничительную линию между торговыми и неторговыми взаимоотношениями, найдено не было. И все же было сочтено нежелательным оставлять этот вопрос на усмотрение отдельных государств либо формулировать установки для единообразного толкования только в сессионных докладах Рабочей группы или давать какие-либо комментарии к типовому закону. В качестве промежуточного решения к статье I была сделана сноска, предназначенная помочь в толковании термина "торговый".

I7. Что касается формы, то, вероятно, есть некоторая неопределенность в отношении того, кому адресована такая сноска и каковы ее правовые последствия, поскольку такой юридический прием используется не во всех правовых системах. По крайней мере данная сноска может служить некоторым исходным указанием для законодателя государства, даже если она не будет воспроизведена в национальном законодательном акте о типовом законе. Было бы более целесообразным - и это Комиссия хотела бы рекомендовать - сохранить эту сноску в национальном законодательном акте и тем самым обеспечить определенные руководящие указания в отношении применения и толкования "настоящего закона".

I8. Содержание сноски отражает намерение при разработке законодательства толковать термин "торговый" в широком смысле. Этот призыв к широкому толкованию подкрепляется иллюстративным перечнем торговых взаимоотношений. Хотя перечисленные примеры включают в себя почти все виды условий, которые, как известно, вызвали споры, связанные с международным торговым арбитражем, этот перечень отнюдь не исчерпывающий. Поэтому к торговым также могли бы относиться и такие сделки, как поставка электроэнергии, транспортировка сжиженного газа по трубопроводам и даже такие "несделки", как предъявление иска за ущерб, понесенный в определенных торговых условиях. Не охватываются, например, трудовые споры и обычные претензии потребителей, несмотря на их связь с деловой деятельностью. Разумеется, тот факт, что в силу своего коммерческого характера сделка охватывается типовым законом, не обязательно означает, что все споры, вытекающие из этой сделки, могут быть урегулированы путем арбитражного разбирательства (по вопросу об условиях подсудности арбитражу см. комментарий к статье 7, пункт 5).

I9. Хотя в сноске нет четкого определения, она все же содержит руководящее указание для самостоятельного толкования термина "торговый"; в отличие от Нью-йоркской конвенции I958 года (статья I(3)) она не отсылает к тому, что нынешнее национальное право рассматривает как торговое. Поэтому было бы неверно применять национальные концепции, которые определяют как торговые, например, только те виды взаимоотношений, которые являются предметом торгового кодекса или только те сделки, участниками которых являются коммерсанты.

20. Идея предотвращения различного толкования нашла свое выражение в предыдущем проекте сноски, а именно в словах (следующих за первым предложением): "независимо от того, являются ли стороны "коммерсантами" (торговцами) по любому национальному праву". Тем не менее эта формулировка, которая предназначалась исключительно для того, чтобы пояснить, что торговый характер взаимоотношений не зависит от квалификации участников как торговцев (как это делается в некоторых национальных законах с целью разграничения торговых и гражданских взаимоотношений), была опущена, чтобы она не истолковывалась как относящаяся к вопросу об иммунитете государства 22/.

2I. В этой связи можно отметить, что типовой закон не затрагивает деликатный и сложный вопрос об иммунитете государства. Так, в нем не указывается, является ли подписание арбитражного соглашения тем или иным государственным органом или правительственным учреждением отказом от такого иммунитета. С другой стороны, уместно также отметить, что типовой закон охватывает те взаимоотношения, в которых как сторона участвует государственный орган или правительственное учреждение при условии, естественно, что эти взаимоотношения носят торговый характер.

"Международный", пункт 2

22. В соответствии с мандатом Комиссии типовой закон предназначен установить особый режим для международных случаев. Именно в этих случаях нынешние расхождения между национальными законами создают трудности и отрицательно сказываются на функционировании процесса арбитража. Более того, для таких случаев требуются более гибкие и либеральные нормы, с тем чтобы преодолеть местные ограничения и особенности. И наконец, в этих случаях заинтересованность того или иного государства в сохранении своих традиционных концепций и уже известных норм проявляется в меньшей степени, чем в чисто национальных условиях. Тем не менее, несмотря на такое предназначение типового закона и самоограничение законодательного характера, любое государство вправе сразу же или позднее взять этот закон в качестве основы для своего законодательства по национальному арбитражу и тем самым избежать противоречий в рамках своих арбитражных законов.

23. Если государство не сделает выбор в пользу такого унифицированного режима, критерий "международности", изложенный в статье I(2), имеет решающее значение для применения"настоящего закона". Поскольку он устанавливает, будет ли тот или иной случай регулироваться специальным режимом, воплощенным в типовом законе, или законом о национальном арбитраже, определение должно быть максимально точным, с тем чтобы обеспечивать определенность для всех

заинтересованных сторон. К сожалению, поиск подходящего критерия порождает дилемму: точная формулировка может оказаться слишком узкой, чтобы охватывать все случаи, которые встречаются в практике международного торгового арбитража, и, напротив, чем шире критерий, тем скорее он может оказаться неточным. Решение, предлагаемое в пункте 2, начинается с достаточно точного критерия в подпункте (a), который охватывает основную часть заслуживающих внимания случаев, а затем в подпунктах (b) и (c) охват расширяется при убывающей точности.

a) Коммерческие предприятия участников в различных государствах, подпункт (a)

24. В основе критерия, изложенного в подпункте (a), лежит критерий международности, принятый в статье I(I) Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, I980 год 23/, именуемой далее "Венская конвенция I980 года о купле-продаже товаров"). В качестве определяющего фактора используется местонахождение коммерческих предприятий участников арбитражного соглашения. Соответственно другие характеристики участника, как, например, гражданство или место инкорпорации или регистрации, не являются определяющими.

25. Коль скоро тот или иной конкретный случай является международным, если стороны имеют свои коммерческие предприятия "в различных государствах", то не имеет значения, является ли одно из этих государств государством X (то есть государством, принимающим "настоящий закон"). Таким образом, имеется в виду любой арбитраж между "иностранцами" (например, сторонами, имеющими коммерческие предприятия в государстве Y и в государстве Z) и любой арбитраж между стороной в государстве X и стороной в государстве (Y). Однако будет ли и в какой степени будет применяться настоящий закон в любом таком международном случае - это иной вопрос, и ответ на него надо давать в соответствии с другими нормами, касающимися сферы применения (см. пункты 4-6, выше). Хотя статьи 8, 9, 35 и 36, касающиеся признания арбитражных соглашений и решений судами государства X, применяются независимо от места арбитража или любого выбора норм процессуального права, остальные положения, касающиеся, в частности, арбитражных процедур, могли бы применяться только тогда, если случай подпадает под территориальную сферу применения.

b) Другие соответствующие места, подпункт (b)

26. Любое из мест, перечисленных в подпункте (b), придает взаимоотношениям международный характер, если оно расположено в государстве, ином, чем то, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия. И в этом случае для критерия международности не имеет никакого значения, является ли одно из этих государств государством X. Таким образом, в соответствии с подпунктом (b) арбитраж будет международным в любой из следующих ситуаций: коммерческие предприятия сторон имеются в государстве X и другом соответствующем месте в государстве Y; коммерческие предприятия сторон имеются в государстве Y и другом соответствующем месте в государстве X; коммерческие предприятия сторон имеются в государстве Y и другом соответствующем месте в государстве Z. Но будет ли фактически и в полной мере применяться "настоящий закон", вновь зависит от того, подпадает ли данный случай под территориальную сферу применения 24/.

27. Места, перечисленные в подпункте (b), относятся либо к арбитражу (подпункт (i)), либо к предмету взаимоотношений или спора (подпункт (ii)). Первым таким местом является место арбитража как единственный критерий, связанный с арбитражем. Отсюда следует, что международная связь не может быть установлена каким-либо другим относящимся к арбитражу элементом, таким, например, как назначение иностранного арбитра или выбор иностранных процессуальных норм (если это допустимо).

28. Место арбитража будет иметь значение, если оно определяется в самом арбитражном соглашении или на его основе. В тех случаях, когда место арбитража специально оговаривается в арбитражном соглашении, сторонам с самого начала известно, является ли их спор международным согласно подпункту (i). В тех случаях, когда место арбитража определяется на основе соглашения, в отношении этой проблемы в течение длительного времени может сохраняться неопределенность. Утверждается, что данное требование не может быть удовлетворено путем разработки положения, уполномочивающего арбитражный суд определять место арбитража.

29. В соответствии с подпунктом (ii) международный характер устанавливается в том случае, если значительная часть обязательств по торговым взаимоотношениям должна выполняться в государстве, ином, чем то, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия. Такой случай мог, например, иметь место тогда, когда производитель и торговец заключают единственное

соглашение о сбыте, касающееся иностранного рынка, или когда генеральный подрядчик нанимает независимого субподрядчика для выполнения части иностранного строительного проекта. Хотя арбитражное соглашение должно охватывать любой спор или некоторые споры, возникающие из этих взаимоотношений, вовсе не обязательно, чтобы сам спор относился к международному элементу.

30. Даже если никакая значительная часть обязательств не будет выполняться за границей, арбитраж будет международным в соответствии с подпунктом (ii), если предмет спора самым тесным образом связан с иностранным местом. Поскольку такого рода примеров насчитывается лишь единицы, можно согласиться с некоторыми недостатками этого критерия, которые заключаются в том, что международный характер невозможно определить до возникновения спора.

c) Дополнительная международная связь, подпункт (c)

31. Последний критерий, изложенный в подпункте (c), заключается в том, что "предмет арбитражного соглашения иным путем связан с более чем одним государством". Этот "остаточный" критерий имеет целью охватить все заслуживающие внимания случаи, не подпадающие под сферу действия подпунктов (a) или (b); понятно, что столь широкая сфера применения сопровождается значительной степенью неточности. Можно добавить, что "предмет арбитражного соглашения" следует толковать как относящийся не к самому арбитражу, а к тем существенным вопросам, которые могут стать предметом арбитража.

d) Определение места коммерческого предприятия, пункт 3

32. Если сторона имеет два или более коммерческих предприятий, одно из которых расположено в том же государстве, что и предприятие другой стороны, необходимо определить, какое предприятие имеет значение для целей пункта 2. Согласно первому предложению пункта 3, таким местом является то, которое имеет самое близкое отношение к арбитражному соглашению. Примером такого близкого отношения может служить ситуация, когда контракт, включающий положение об арбитраже, полностью разрабатывается филиалом или головной организацией, даже если он подписывается в другом месте (например, в месте главного коммерческого предприятия).

33. Как видно из этого примера, местонахождение главного коммерческого предприятия (или головной организации) значения не имеет. Если местонахождение главного коммерческого предприятия рассматривать в качестве решающего критерия, то типовой закон имел бы несколько более широкое применение, поскольку он охватывал бы также те случаи, когда "тесно связанное" коммерческое предприятие, но не основное коммерческое предприятие находится в том же государстве, что и коммерческое предприятие другой стороны. Тем не менее был принят критерий "самой тесной связи", ибо предполагалось, что он будет в большей степени отвечать ожиданиям сторон и, в частности, больше соответствовать положениям Венской конвенции 1980 года о купле-продаже товаров (статья 10(a)) 25/.

34. Во втором предложении пункта 3 рассматривается редкая ситуация, когда лицо, принимающее участие в коммерческой сделке, не имеет установившегося "коммерческого предприятия". В таком случае для целей пункта 2 решающим фактором будет его обычное местожительство.

* * *

Статья 2. Определения и правила толкования

Для целей настоящего Закона:

a) "арбитражный суд" означает единоличного арбитра или группу арбитров;

b) "суд" означает учреждение или орган в рамках судебной системы страны;

c) если какое-либо положение настоящего Закона предоставляет сторонам свободу принятия решения по определенному вопросу, то такая свобода включает право сторон поручить какому-либо третьему лицу, включая юридическое лицо, принять такое решение;

d) если в каком-либо положении настоящего Закона имеется ссылка на то, что стороны согласились или что они могут согласиться, или в любой другой форме имеется ссылка на соглашение сторон, то такое соглашение включает любые арбитражные правила, упомянутые в настоящем соглашении;

e) если стороны не договорились об ином, любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично или на его коммерческое предприятие, по его постоянному местожительству или почтовому адресу, либо - если таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок - в последнее известное местонахождение коммерческого предприятия или местожительство адресата. Сообщение считается полученным в день такой доставки.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/233, пункты 75, I0I-I02
A/CN.9/345, пункты 28, I69-I72
A/CN.9/246, пункты I72-I73

КОММЕНТАРИЙ

Определения "арбитражного суда" и "суда", подпункты (a) и (b)

I. Определение терминов "арбитражный суд" и "суд" можно рассматривать как очевидное и, следовательно, излишнее. Однако они сохранены, в частности, по терминологическим соображениям. Это было сделано, чтобы провести четкую разграничительную линию между двумя различными видами органов по разрешению споров. Цель также состоит в том, чтобы избежать недоразумений, которые возможны в языках, например французском и испанском, когда слово "tribunal" является сокращенной формой термина "tribunal arbitral" или когда термин "суд" будет означать любой арбитражный орган или административное учреждение, носящее название "суд" (например, арбитражный суд ИКК или Лондонский суд международного арбитража).

2. В пункте (b) просто говорится о национальной судебной системе (не затрагивая ее), которая не обязательно является системой государства X (см. статьи 9, 35(3), 36(I)(a)(v), (2)). Учитывая различные системы, термин "суд" не ограничивается теми органами, которые собственно называются "судами" в той или иной стране, а охватывает также любые другие "компетентные власти" (такой термин имеется в Нью-йоркской конвенции I958 года). Ссылка на судебную систему "страны" (вместо "государства") была сделана исключительно с целью избежания неправильного представления, возможного в федеративных государствах, о том, что охватываются только "государственные суды", а не "федеральные суды" 26/.

Толкование слов "свобода сторон" и "соглашение", подпункты (c) и (d)

3. Цель подпунктов (c) и (d) состоит в том, чтобы не допустить буквального толкования содержащихся в типовом законе ссылок на свободу сторон принимать по какому-либо вопросу решение или на их соглашение. Согласно разумному толкованию, данному в пункте (c), такая свобода включает право сторон не только самим принять решение по какому-либо вопросу, но и поручить третьему лицу или юридическому лицу принять решение по этому вопросу от своего имени. Практическими примерами таких вопросов могут служить вопросы о числе арбитров, месте арбитража и другие процедурные вопросы.

4. В пункте (d) признается обычная практика сторон ссылаться в своих соглашениях на арбитражные правила (учреждений, ассоциаций или других органов) вместо ведения переговоров и разработки совершенно новых и отдельных ("одноразовых") арбитражных соглашений. Общее правило толкования представляется более предпочтительным, чем включение разъяснения в каждое из многих положений типового закона, которые могут иметь к этому отношение.

5. Пункты (c) и (d) дублируют нормы в том смысле, что свобода принятия решения по вопросу (в соответствии с подпунктом (c)) включается в понятие, что стороны могут согласиться (в соответствии с подпунктом (d)), и в том смысле, что поручение третьей стороне (в соответствии с подпунктом (c)) принять решение часто предусматривается в арбитражных правилах (в соответствии с подпунктом (d)). Однако это не во всех случаях так: поручение принять решение может быть добавлено к режиму, установленному арбитражными правилами (например, определение назначающего органа); это может быть сделано с целью заменить какое-либо положение в этих правилах или в "одноразовом" арбитражном соглашении.

Определение термина "получение сообщения", пункт (e)

6. В пункте (e), составленном по модели статьи 2(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, перечисляются различные случаи, когда письменное сообщение одной из сторон или арбитражного суда "считается полученным". Несмотря на эту последнюю формулировку, перечень начинается со случаев фактического (то есть нефиктивного) получения, а затем переходит в область юридической фикции. Из последнего предложения ясно, что любой такой случай не только четко свидетельствует о факте получения сообщения, но и определяет дату его получения.

* * *

(Статья 3 опущена) 27/

* * *

Статья 4. Отказ от права на возражение

Сторона, которая знает или должна знать о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступить, или какое-либо требование согласно арбитражному соглашению не было соблюдено, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражения против такого несоблюдения без промедления или если для этой цели предусмотрен какой-либо срок, то в течение такого срока, считается отказавшейся от своего права на возражение.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/233, пункт 66
A/CN.9/245, пункты I76-I78
A/CN.9/246, пункты I78-I82

КОММЕНТАРИЙ

I. Если процедурное требование, изложенное в типовом законе либо в арбитражном соглашении, не соблюдается, любая сторона имеет право на возражение, с тем чтобы устранить несоблюдение процедуры. Статья 4 предполагает отказ от такого права при определенных условиях на основании общих принципов, таких как "estoppel" или "venire contra factum proprium".

2. Первое условие сводится к тому, что процедурное требование, которое не было соблюдено, содержится либо в необязывающем положении типового закона, либо в арбитражном соглашении. Ограничение этого правила положениями закона, от которого стороны могут отходить, было принято на том основании, что правило "estoppel", которое распространяется и на основные отклонения от процедуры, было бы слишком жестким. Однако можно отметить, что типовой закон содержит конкретные правила, касающиеся возражений в отношении определенных основных пороков, таких как отсутствие действующего арбитражного соглашения или превышение арбитражным судом своих полномочий (статья I6(2)). Что касается несоблюдения требований по арбитражному соглашению, то можно отметить, что процедурная оговорка сторон должна иметь юридическую силу, и в частности не должна противоречить обязывающему положению "настоящего Закона".

3. Второе условие заключается в том, что сторона знала или должна знать о несоблюдении. Можно допустить, что выражение "должна знать" следует истолковывать как охватывающее не любое незнание по небрежности, а лишь те случаи, когда сторона не могла не знать о пороке. Это ограничительное толкование, которое могло бы найти свое отражение в данной статье, представляется подходящим с точки зрения принципа, который оправдывает установленное законом значение отказа.

4. Третье условие заключается в том, что сторона не заявляет своего возражения без промедления или если для этого предусмотрен какой-либо срок, то в течение такого срока. Последняя ссылка на время является, по логике вещей, первой, которую надо рассмотреть, поскольку срок, предусмотренный в типовом законе или в арбитражном соглашении, имеет приоритет над общей формулой "без промедления".

5. Существует еще одно условие, которое не следует игнорировать. Сторона утрачивает свое право на возражение лишь в том случае, если она продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив своего возражения. Действия подобного "разбирательства" могут включать, например, явку в суд для слушания дела или передачу информации арбитражному суду или другой стороне. Поэтому сторона не должна считаться отказавшейся от своего права, если у нее в результате, например, забастовки почтовых служащих или препятствий аналогичного характера не было возможности в течение продолжительного периода времени передать какое-либо сообщение.

6. В том случае, когда в силу статьи 4 сторона считается отказавшейся от своего права на возражение, она не в праве заявлять о своем возражении на последующих этапах арбитражного разбирательства и (что может иметь еще большую практическую значимость) после вынесения арбитражного решения. В частности, в дальнейшем она не может ссылаться на несоблюдение как на основание для откладывания в сторону арбитражного решения или как на основание для отказа признавать или исполнять его. Безусловно, отказ приводит к последнему из вышеупомянутых последствий лишь в тех случаях, когда применима статья 4, то есть в отношении тех арбитражных решений, которые выносятся "в соответствии с настоящим Законом" (какой бы ни был принят критерий в отношении территориальной сферы применения). Допускается, что любой суд, от которого добиваются признания для исполнения любого другого арбитражного решения, мог бы тоже оставлять без внимания поздние возражения той или иной стороны, применив любую аналогичную норму применимого процессуального права или общую идею лишения права возражения.

* * *

Статья 5. Сфера вмешательства суда

Суды не вмешиваются в вопросы, регулируемые настоящим Законом, за исключением случаев, предусмотренных в настоящем Законе.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/233, пункты 69-73
A/CN.9/245, пункты I83-I84
A7CN.9/246, пункты I83-I88

КОММЕНТАРИЙ

I. В этой статье речь идет о чрезвычайно важном и сложном вопросе, касающемся роли судов в арбитражном разбирательстве. Рабочая группа приняла ее в предварительном порядке и предложила Комиссии вновь рассмотреть это решение в свете замечаний правительств и международных организаций 28/. При оценке желательности и уместности этого положения следует принять во внимание следующие соображения.

2. Хотя это положение в силу своей категоричной формулировки 29/ может создать впечатление, что вмешательство суда - это нечто негативное и должно быть ограничено в максимальной степени, оно само по себе не дает исходной позиции относительно того, какую роль должны играть суды. Оно лишь требует, чтобы все случаи судебного вмешательства были перечислены в типовом законе. Таким образом, его действие будет направлено на то, чтобы исключить любые общие или остаточные полномочия, предоставляемые судам во внутригосударственной системе, которые не перечислены в настоящем типовом законе. Ясность, возникающая у сторон и арбитров в отношении случаев, предполагающих надзор и помощь со стороны судов, приносит, как представляется, определенную пользу международному арбитражу.

3. Следовательно, желаемого баланса между независимостью арбитражного процесса и вмешательством судов следует добиваться путем отражения в типовом законе всех случаев судебного вмешательства, но его невозможно добиться в рамках статьи 5 или путем ее изъятия. Поэтому Комиссия, возможно, пожелала бы рассмотреть вопрос о том, следует ли еще включать подобный случай дополнительно к различным случаям, уже нашедшим свое отражение в настоящем тексте. Это не единственные функции, возлагаемые на суд и оговоренные в статье 6, то есть функции, упоминаемые в статьях II(3), (4), I3(3), I4 и 34(2). Сюда относятся также и те случаи судебного вмешательства, которые предусмотрены в статье 9 (обеспечительные меры защиты), 27 (содействие суда в получении доказательств), 35 и 36 (признание и приведение в исполнение арбитражных решений).

4. Другим важным соображением при оценке воздействия статьи 5 является то, что вышеуказанная необходимость перечислить все случаи судебного вмешательства в типовом законе относится лишь к "вопросам, регулируемым настоящим Законом". Таким образом, сфера применения статьи 5 уже, чем реальная сфера применения типового закона, то есть "международного торгового арбитража" (статья I), в том, что она ограничивается теми вопросами, которые фактически прямо или косвенно регулируются в типовом законе.

5. Поэтому статья 5 не исключает вмешательства суда в любой вопрос, не оговоренный в типовом законе. К таким вопросам, например, могут относиться влияние иммунитета государства, договорные отношения между сторонами и арбитрами или арбитражным учреждением, пошлина и прочие расходы, в том числе обеспечение возмещения, а также другие вопросы, упомянутые выше при обсуждении характера типового закона, определенного как "lex specialis", где следует провести аналогичное различие 30/.

6. Считается, что подобное различие является разумным, даже необходимым, хотя его не во всех случаях легко провести. Например, статья I8 определяет вынесение арбитражным судом решения о принятии обеспечительных мер защиты, причем имеется в виду, что в противном случае наличие такого права сомнительно, однако оно не регулирует возможное приведение в исполнение подобных решений. Следовательно, государство (согласно статье 5) не лишается права ни предоставлять полномочия арбитражному суду самому принимать определенные меры принудительного характера (что известно в некоторых правовых системах), ни предусматривать исполнение судами (что известно в других системах) 31/. С другой стороны, там, где типовой закон, например, предоставляет сторонам свободу договариваться по определенному вопросу (например, назначение арбитра, статья II(2)), вопрос тем самым полностью регулируется к исключению вмешательства суда (например, любое подтверждение судом, как того требуют некоторые законы даже в случае назначения стороной арбитра).

* * *

Статья 6. Суд для выполнения определенных вспомогательных функций и функций надзора в отношении арбитража

Судом, обладающим юрисдикцией для выполнения функций, указанных в пунктах 3 и 4 статьи II, в пункте 3 статьи I3, в статье I4 и в пункте 2 статьи 34, является ... (заполняется каждым государством при принятии типового закона).

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/232, пункты 89-98
A/CN.9/233, пункты 82-86
A/CN.9/245, пункты I90-I9I
A/CN.9/246, пункты I89-I90

КОММЕНТАРИЙ

I. Статья 6 призывает каждое государство, принимающее типовой закон, назначить конкретный суд, который выполнял бы определенные вспомогательные функции и функции надзора в отношении арбитража. Функции, упоминаемые в этой статье, связаны с назначением арбитра (пункты 3 и 4 статьи II), отводом арбитра (пункт 3 статьи I3), прекращением действия мандата арбитра по причине его бездействия (статья I4) и отменой арбитражного решения (пункт 2 статьи 34).

2. Концентрация этих связанных с арбитражем функций в конкретном суде даст, как ожидается, следующие преимущества. Это поможет сторонам, в частности иностранным, легче определить для себя компетентный суд и получить информацию по любым соответствующим характеристикам этого "суда", включая его позицию, занятую в предшествующих решениях. Ожидаемая специализация этого суда принесет еще большую пользу для функционирования международного торгового арбитража.

3. Несмотря на то, что этих двух преимуществ можно наилучшим образом добиться путем полной централизации, назначение суда вовсе не означает, что он фактически становится единственным судом в каждом государстве. В частности, большое число стран, возможно, пожелает назначить один вид или категорию судов, например любые коммерческие суды или коммерческие палаты окружных судов.

4. Назначенный суд не обязательно является судом полного состава или его палатой. Им может быть, например, председатель суда или председательствующий судья палаты, выполняющие функции, которые носят скорее административный характер, в тех случаях, где особенно желательны ускоренное судопроизводство и четкость целей (имеются в виду статьи II, I3 и I4). Масштабы реализации ожидаемого преимущества зависят от правовых положений государства в отношении организации суда или процедуры там, где они уже существуют или приняты вместе с "настоящим Законом". Предполагается, что государство может возложить эти административные функции даже на орган, не входящий в его судебную систему, например на национальную арбитражную комиссию или учреждение, занимающееся международными судебными делами.

* * *

ГЛАВА II. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения

1) "Арбитражное соглашение" - это соглашение сторон о передаче в арбитраж, независимо от того, является этот арбитраж постоянно действующим или нет, всех или некоторых разногласий, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с определенными правоотношениями, независимо от того, носят эти правоотношения договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может иметь форму арбитражной оговорки в договоре или форму отдельного соглашения.

2) Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, которые обеспечивают запись такого соглашения. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение при условии, что договор заключен в письменной форме и что данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 22-24, 26
A/CN.9/232, пункты 37-46
A/CN.9/233, пункты 61-68
A/CN.9/245, пункты I79-I82
A/CN.9/246, пункты I7-I9

КОММЕНТАРИЙ

Определение (и признание), пункт I

I. В пункте I дано описание важного юридического документа, составляющего основу арбитража и дающего ему обоснование. Определение термина "арбитражное соглашение" приводится в статье II(I) Нью-йоркской конвенции I958 года; как еще более ясно отражено в этой Конвенции, имеется подразумеваемая гарантия признания, которая выходит за пределы простого определения.

2. Типовой закон признает не только соглашение в отношении существующих разногласий ("compromis"), но и соглашение в отношении любых будущих разногласий ("clause compromissoire"). Включение вышеупомянутого типа соглашения представляется обязательным ввиду его частого использования в международной арбитражной практике, и его включение будет, надо надеяться, содействовать глобальной унификации ввиду того, что в настоящее время некоторые национальные законы не в полной мере содействуют осуществлению этого типа соглашения.

3. Типовой закон признает арбитражное соглашение независимо от того, представлено ли оно в форме арбитражной оговорки, содержащейся в договоре, или в форме отдельного соглашения. Поэтому отпадает необходимость в удовлетворении любого существующего национального требования о включении соглашения в отдельный документ. В силу своего характера арбитражная оговорка в договоре может пригодиться для разрешения будущих разногласий, в то время как отдельное соглашение пригодно для разрешения не только существующих разногласий, но и любых других разногласий.

4. Типовой закон признает арбитражное соглашение, если существующие или будущие разногласия связаны с "определенными правоотношениями независимо от того, носят эти правоотношения договорный характер или нет". Считается, что выражение "определенные правоотношения" должно получить широкое толкование, с тем чтобы его можно было распространить на все встречающиеся в практике недоговорные коммерческие судебные дела (например, вмешательство третьей стороны в договорные отношения, нарушение торговой марки или иные формы нечестной конкуренции).

5. Положения типового закона об арбитражном соглашении не содержат требования, включенного в статью II(I) Нью-йоркской конвенции 1958 года о том, что разногласия касаются "предмета спора, который может быть урегулирован путем арбитража". Однако это не означает, что типовой закон полностью признает любое арбитражное соглашение независимо от того, подлежит ли предмет спора рассмотрению в арбитраже. При обсуждении относящихся к этому вопросу предложений Рабочая группа признала важность требования подсудности арбитражу, но не нашла нужным специально включать такое положение 32/. Например, было отмечено, что арбитражное соглашение, касающееся предмета спора, не подлежащего рассмотрению в арбитраже, будет обычно или по крайней мере в некоторых судах рассматриваться как ничтожное и что вопрос о неподсудности арбитражу получил должное отражение в статьях 34 и 36 33/. В этой связи можно отметить, что Рабочая группа решила не рассматривать на начальном этапе вопрос о материальной действительности арбитражного соглашения и не стремиться к достижению единообразного подхода или по крайней мере определенности в отношении того, какие вопросы не подлежат арбитражному разбирательству, либо путем перечисления их в типовом законе, либо путем обращения к каждому государству с просьбой перечислить их только в "настоящем Законе" 34/.

Требование в отношении письменной формы, пункт 2

6. В типовом законе, как и в Нью-йоркской конвенции 1958 года, содержится требование о письменной форме, хотя в практике торгового арбитража известны устные соглашения, признаваемые некоторыми национальными законами. Типовой закон в определенном смысле является более строгим, чем Конвенция, поскольку он не допускает ссылки на "более предпочтительное положение" во вспомогательном национальном законе (на внутренний арбитраж), что возможно в соответствии с Конвенцией в силу ее статьи VII(I). Типовой закон по идее должен регулировать все соглашения о международном торговом арбитраже и, как предусмотрено в пункте 2 статьи 7, требует, чтобы они заключались в письменной форме 35/. Однако несоблюдение этого требования может быть исправлено путем подчинения арбитражному разбирательству, то есть путем участия в нем без заявления, о котором говорится в пункте 2 статьи I6 36/.

7. Определение письменной формы приводится в модели статьи II(2) Нью-йоркской конвенции 1958 года, но с двумя полезными дополнениями. В нем расширяется и уточняется круг средств, имеющих письменную форму, путем добавления фразы "сообщениями по телетайпу, телефону или с использованием иных средств электросвязи, которые обеспечивают запись такого соглашения", с целью охвата современных и будущих средств связи.

8. Второе добавление, содержащееся в последнем предложении, должно разъяснить вопрос, который в контексте Нью-йоркской конвенции 1958 года привел к возникновению проблем и противоречивых судебных решений. В нем рассматривается довольно частый случай, когда стороны вместо включения в договор арбитражной оговорки ссылаются на документ (например, на общие условия или другой договор), который содержит арбитражную оговорку. Ссылка представляет собой арбитражное соглашение при условии, если данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора и, разумеется, если сам договор отвечает требованию о соблюдении письменной формы, как определено в первом предложении пункта 2. Как ясно следует из текста, достаточно, чтобы ссылка указывала на конкретный документ; поэтому не требуется, чтобы в соглашении содержалась прямая ссылка на арбитражную оговорку 37/.

* * *

Статья 8. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде

I) Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, если такая просьба заявлена стороной не позднее представления своего первого заявления по существу спора, направляет стороны в арбитража, если не сочтет, что это соглашение ничтожно, недействительно или не может быть исполнено.

2) Если в таком случае арбитражное разбирательство уже начато, арбитражный суд может продолжить разбирательство до рассмотрения судом вопроса о его компетенции.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 35-36
A/CN.9/232, пункты 49-51, 146, 151
A/CN.9/233; пункты 74-81
A/CN.9/245, пункты 66-69, 185-187
A/CN.9/246, пункты 20-23

КОММЕНТАРИЙ

1. В статье 8 рассматривается важный "негативный" эффект арбитражного соглашения. Согласие на передачу конкретного вопроса в арбитраж означает, что этот вопрос не будет рассматриваться в суде и по нему не будет выноситься судебное решение независимо от того, закреплено ли это исключение в соглашении. Если какая-либо из сторон все же оспаривает это, суд отсылает стороны в арбитраж, если он не приходит к заключению о том, что данное соглашение ничтожно, недействительно или не может быть исполнено.

2. Статья 8 весьма точно соответствует статье II(3) Нью-йоркской конвенции 1958 года, но в нее включены два полезных элемента. В силу характера типового закона в пункте 1 статьи 8 "настоящего Закона" говорится обо всех судах государства X; он не ограничивается соглашениями, предусматривающими арбитраж в государстве X, благодаря чему широкое принятие типового закона будет способствовать всемирному признанию и использованию соглашений о международном торговом арбитраже.

3. В соответствии с Нью-йоркской конвенцией 1958 года суд отсылает стороны в арбитраж, то есть отказывается от (осуществления своей) юрисдикции только по просьбе какой-либо стороны, а не по собственной инициативе. В это положение был добавлен временной элемент, в соответствии с которым просьба должна подаваться не позднее представления или одновременно с представлением первого заявления по существу спора. Предполагается, что этот момент времени следует понимать дословно и применять единообразно во всех правовых системах, включая те системы, в которых такая просьба обычно рассматривается в качестве процедурного заявления, которое должно подаваться на более раннем этапе, чем любые заявления по существу вопроса.

4. В отношении последствий того, что сторона не сошлется на арбитражное соглашение путем подачи такой своевременной просьбы, из пункта 1 статьи 8 ясно следует, что эта сторона лишается возможности ссылаться на соглашение в ходе последующих этапов судебного разбирательства. Можно отметить, что Рабочая группа, несмотря на широкую поддержку точки зрения, согласно которой тот факт, что сторона не ссылается на арбитражное соглашение, должен лишить эту сторону возможности ссылаться на соглашение и при других разбирательствах или в других случаях, решила не включать положение о таких общих последствиях, поскольку невозможно выработать простую норму, которая удовлетворительным образом регулировала бы все аспекты этого сложного вопроса 38/.

5. Другим дополнением к оригинальному тексту Нью-йоркской конвенции 1958 года является правило, которое включено в пункт 2 и которое подтверждает, что пункт 1 применяется независимо от того, что арбитражное разбирательство уже начато. Этот пункт позволяет арбитражному суду продолжать арбитражное разбирательство (если оно регулируется "настоящим Законом") до рассмотрения судом вопроса о его компетенции. Цель предоставления такого права арбитражному суду заключается в том, чтобы уменьшить риск и последствия тактики оттяжек, проводимой стороной, отказывающейся от своих обязательств по арбитражу.

* * *

Статья 9. Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда

Обращение стороны до или во время арбитражного разбирательства в суд с просьбой о принятии обеспечительных мер защиты и вынесение судом решения о принятии таких мер не является несовместимым с арбитражным соглашением.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункт 39
A/CN.9/232, пункты 52-56
A/CN.9/233, пункты 74, 81
A/CN.9/245, пункты 185, 188-189
A/CN.9/246, пункты 24-26

КОММЕНТАРИЙ

1. В статье 9, как и в статье 8, рассматривается вопрос о признании и последствиях арбитражного соглашения, но с другой стороны. В ней излагается принцип, который оспаривается некоторыми судами и в соответствии с которым обращение в суд и последующие действия суда в отношении обеспечительных мер защиты являются совместимыми с арбитражным соглашением. Таким образом, эта статья разъясняет, что "негативные" последствия арбитражного соглашения, которые заключаются в отклонении юрисдикции суда, не действительны в отношении таких обеспечительных мер. Основное объяснение состоит в том, что наличие таких мер не противоречит намерениям сторон, соглашающимся представить спор в арбитраж, и что меры сами по себе способствуют вынесению арбитражного решения и достижению ожидаемых результатов.

2. В статье 9 раскрывается принцип совместимости по двум направлениям с различными сферами применения. В соответствии с первой частью этого положения обращение стороны в суд с просьбой принять такие меры не противоречит арбитражному соглашению, то есть такое обращение не запрещается и не рассматривается в качестве отказа от соглашения. Эта часть положения применяется независимо от того, подается ли такая просьба в суде государства X или какой-либо другой страны. Где бы эта просьба ни была подана, на нее нельзя ссылаться или рассматривать в качестве возражения против действующего арбитражного соглашения в соответствии с "настоящим Законом", или не учитывать ее в арбитражных делах, подпадающих под сферу его территориального применения, или в контексте статей 8 и 36.

3. Однако во второй части положения рассматриваются только суды государства X и указывается, что их меры должны быть совместимы с арбитражным соглашением независимо от места арбитражного разбирательства. Учитывая широкое принятие типового закона, эти две части положения будут дополнять друг друга и в значительной степени будут способствовать общему признанию принципа совместимости, который в контексте Нью-йоркской конвенции 1958 года не получил широкого распространения.

4. Круг обеспечительных мер защиты, охватываемых статьей 9, значительно шире круга мер, предусмотренных в статье 18, что объясняется различными целями этих двух статей. В статье 18 рассматривается ограниченное право арбитражного суда выносить решение о принятии какой-либо стороной обеспечительных мер защиты в отношении предмета спора и не рассматривается вопрос об осуществлении таких решений. В статье 9 рассматривается совместимость целого ряда возможных судебных мер, имеющихся в различных правовых системах, включая не только меры, предпринимаемые сторонами с целью сохранения предмета спора или обеспечения доказательств, но и другие меры, которые могут требоваться от третьей стороны, и их проведение в жизнь. Эти меры, в частности, могут включать наложение ареста до вынесения решения суда или другие подобные меры наложения ареста на имущество.

5. Можно отметить, что типовой закон не рассматривает возможный конфликт между постановлением арбитражного суда в соответствии со статьей 18 и судебным решением в соответствии со статьей 9, касающимися одного и того же объекта или одной и той же меры защиты. Однако предполагается, что возможность такого конфликта довольно мала, учитывая отмеченное выше несоответствие круга мер, охватываемых обеими статьями.

* * *

ГЛАВА III. СОСТАВ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Статья 10. Число арбитров

1) Стороны могут по своему усмотрению определять число арбитров.

2) Если стороны не определяют этого числа, то назначаются три арбитра.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 46-48
A/CN.9/232, пункты 78-82
A/CN.9/233, пункты 92-93
A/CN.9/245, пункты 194-195
A/CN.9/246, пункты 27-28

КОММЕНТАРИЙ

1. Статья 10 является первой статьей, представляющей и иллюстрирующей "систему двух уровней", столь типичную для типового закона. Первое положение относится к категории статей, в которых признается свобода сторон и юридическая сила их соглашения, исключая любой существующий национальный закон по этому вопросу 39/. Второе положение относится к категории вспомогательных норм, которые предусматривают тот случай, когда стороны не могут решить процедуру назначения арбитров путем соглашения с помощью комплекса норм для начала арбитражного разбирательства и перехода к окончательному урегулированию спора 40/.

2. В пункте 1 признается свобода сторон определять число арбитров. Таким образом, выбор любого числа арбитров будет законным даже в тех правовых системах, которые в настоящее время требуют наличия нечетного числа арбитров. Как указывается в обобщающей статье 2(c), свобода сторон не ограничивается возможностью принимать решения по определенному вопросу, а включает также право поручить принятие такого решения какой-либо третьей стороне.

3. В тех случаях, когда число арбитров не было определено заранее или не может быть определено своевременно, пункт 2 исключает возможность отсрочки или захода в тупик по этому вопросу путем определения числа арбитров. Число три было принято в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (статья 5), учитывая тот факт, что это число наиболее часто встречается в международных торговых арбитражах. Однако арбитражные разбирательства, проводимые одним арбитром, также встречаются довольно часто, в частности в менее сложных случаях. Предполагается, что те стороны, которые желают назначить только одного арбитра в целях экономии времени и расходов, как правило, придут к соответствующей договоренности, тем более что их побуждает к этому и содержание данного пункта.

* * *

Статья 11. Назначение арбитров

1) Ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его национальности, если стороны не договорились об ином.

2) Стороны могут по своему усмотрению согласовать процедуру назначения арбитра или арбитров при условии соблюдения положений пунктов 4 и 5 настоящей статьи.

3) В отсутствие такого соглашения,

a) при арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра, и два назначенных таким путем арбитра назначают третьего арбитра; если сторона не назначит арбитра в течение тридцати дней после того, как с такой просьбой к ней обратилась другая сторона, или если два арбитра не договорятся о выборе третьего арбитра в течение тридцати дней с момента их назначения, то такое назначение осуществляется по просьбе одной из сторон судом, назначенным в статье 6;

b) при арбитраже с единоличным арбитром, если стороны не договорятся о выборе арбитра, он назначается по просьбе одной из сторон судом, указанным в статье 6.

4) Если при процедуре назначения, согласованной сторонами,

a) одна из сторон не действует в соответствии с такой процедурой; или

b) стороны или два арбитра не в состоянии достичь соглашения в соответствии с такой процедурой; или

c) компетентный орган не выполняет какую-либо функцию, возложенную на него в соответствии с такой процедурой,

то любая сторона может просить суд, указанный в статье 6, принять необходимые меры, если в соглашении о процедуре назначения не предусмотрено других способов обеспечения назначения.

5) Решение по любому вопросу, принимаемому в соответствии с пунктами 3 или 4 судом, указанным в статье 6, является окончательным. При назначении арбитра суд учитывает любые квалификационные требования в отношении арбитра, предусмотренные соглашением сторон, и такие соображения, которые могут обеспечить назначение независимого и беспристрастного арбитра, и в случае назначения единоличного или третьего арбитра принимает также во внимание желательность назначения арбитра иной национальности, нежели национальность сторон.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 41, 49-50
A/CN.9/232, пункты 73-74, 83-88
A/CN.9/233, пункты 87-88, 94-100
A/CN.9/245, пункты 192-193, 196-201
A/CN.9/246, пункты 29-32

КОММЕНТАРИЙ

Никакой законодательной дискриминации в отношении иностранцев, пункт 1

1. Отдельные национальные законы не разрешают иностранцам выступать в качестве арбитров даже в международных делах. Пункт 1 нацелен на то, чтобы преодолеть такую национальную необъективность со стороны законодателя 41/. Формулировка "если стороны не договорились об ином" не имеет своей целью лишать стороны (а также торговые ассоциации или арбитражные органы) возможности определять то, что граждане определенных государств могут или не могут быть назначены арбитрами.

Свобода согласовывать процедуру назначения, пункт 2

2. Пункт 2 признает свободу сторон по своему усмотрению согласовывать процедуру назначения арбитра или арбитров. Эта свобода договариваться должна иметь широкое толкование в соответствии с общими положениями статьи 2(c) и (d).

3. Однако свобода сторон несколько ограничена положениями, носящими обязательный характер и содержащимися в пунктах 4 и 5. В своем соглашении о назначении стороны могут не исключать права какой-либо стороны (в соответствии с пунктом 4) обращаться в суд, указанный в статье 6, в любой из ситуаций, описанных в этом пункте, или лишать суд права принимать окончательное решение, предусмотренное в пункте 5 42/.

Содействие суда в выработке согласованной процедуры назначения, пункт 4

4. Пункт 4 содержит описание трех возможных пороков в типовой процедуре назначения и предусматривает избавление от них путем разрешения каждой из сторон обращаться в суд, указанный в статье 6, для принятия необходимых мер (то есть вместо стороны, лица или органа, не выполнивших определенные действия, о которых идет речь в подпунктах (a), (b) и (c)). Содействие данного суда оказывается для того, чтобы избежать каких-либо тупиковых ситуаций или чрезмерных задержек в процессе назначения. Подобное содействие не требуется, если стороны сами в своем соглашении о процедуре назначения предусмотрели другие средства обеспечения назначения. Однако следует отметить, что само определение назначающего органа не является в этой связи вполне достаточным, так как оно не будет отвечать требованиям, изложенным в подпункте (c).

Дополнительные правила о процедуре назначения, пункт 3

5. Пункт 3 предлагает сторонам, которые не достигли договоренности о процедуре назначения, систему назначения либо трех арбитров, либо единоличного арбитра, поскольку эти числа являются наиболее распространенными в международной практике. В подпункте (a) излагаются правила назначения трех арбитров независимо от того, согласовано ли это число сторонами в соответствии со статьей 10(1) или вытекает из статьи 10(2). В подпункте (b) изложен метод назначения единоличного арбитра для тех случаев, когда стороны не оговорили никакого положения о назначении, за исключением договоренности о числе (то есть о назначении одного арбитра).

6. В обоих случаях обращение в суд, указанный в статье 6, предусматривается для того, чтобы избежать каких-либо тупиковых ситуаций в процессе назначения. Имеется, однако, различие в отношении сроков. Если в подпункте (a) дважды содержится ограничение срока (тридцать дней) ради полной определенности, то подпункт (b) не устанавливает ограничения срока, а лишь говорит о неспособности сторон придти к взаимному согласию. Данная общая формулировка кажется приемлемой в указанном последнем случае, поскольку лицами, которые должны были договориться, являются стороны, и их неспособность достигнуть договоренности становится очевидной из факта обращения одной из них в суд.

Нормы и руководящие принципы для принятия решения судом, пункт 5

7. Согласно пункту 5, решение суда является окончательным, если оно относится к делу, переданному ему в соответствии с дополнительными нормами, содержащимися в пункте 3, или в соответствии с положением имеющего обязательный характер пункта 4 в случаях, когда процедура согласованного назначения не позволяет обеспечить назначение. Окончательность решения суда представляется уместной ввиду административного характера этой функции и существенно важной ввиду необходимости возможно скорейшего учреждения арбитражного суда.

8. В случае любого назначения суд должен внимательно изучить все оговорки, вытекающие из договоренности сторон, и такие соображения, которые могут обеспечить назначение независимого и беспристрастного арбитра. Считается, что эти критерии являются обязательными, потому что они вытекают из арбитражного соглашения, а в части, касающейся беспристрастности и независимости, из статьи I2, тогда как специальное указание о назначении единоличного или третьего арбитра может оказаться недействительным если стороны достигнут договоренности об обратном.

* * *

Статья I2. Основания для отвода

I) В случае обращения к какому-либо лицу в связи с его возможным назначением в качестве арбитра это лицо должно сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в отношении его беспристрастности или независимости. Арбитр с момента его назначения и в течение всего арбитражного разбирательства сообщает сторонам без промедления о любых таких обстоятельствах, если он не уведомил их об этих обстоятельствах ранее.

2) Арбитру может быть заявлен отвод только при наличии обстоятельств, вызывающих обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости. Сторона может заявить отвод арбитру, которого она назначила, лишь по причинам, которые стали известны ей после его назначения.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 42-43
A/CN.9/232, пункты 57-60
A/CN.9/233, пункты I03-I06
A/CN.9/245, пункты 202-204
A/CN.9/246, пункты 33-34

КОММЕНТАРИЙ

I. Статья I2 в двух случаях применяет принцип, согласно которому арбитры должны быть беспристрастными и независимыми. Пункт I требует от любого будущего или уже назначенного арбитра четкого изложения любых обстоятельств, способных вызвать сомнения в его беспристрастности или независимости. Пункт 2 закладывает основу для обеспечения беспристрастности и независимости путем признания тех обстоятельств, которые вызывают обоснованные сомнения в этой связи, как причину для отвода.

2. Обязанность будущего арбитра изложить все обстоятельства, о которых говорится в пункте I, имеет целью информировать и предупредить лиц, обращающихся к нему на начальной стадии, о возможных сомнениях, что, таким образом, помогает предотвратить назначение неприемлемой кандидатуры. Информирование требуется не только в случае обращения к кандидату стороны или сторон, но и в случае обращения к нему арбитражного органа или любого другого назначающего органа, связанного с процедурой назначения.

3. Как следует из второго предложения пункта I, даже назначенный арбитр продолжает, согласно его обязанностям, выполнять в основном две функции. Первая заключается в том, чтобы дать сведения каждой из сторон, не имевшей их до назначения арбитра. Вторая - в том, чтобы обеспечить информацией по любым обстоятельствам, которые могут возникнуть на более поздней стадии арбитражного разбирательства (например, переход под контроль новой компании или приобретение акций).

4. Пункт 2, как и статья I0(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, устанавливает общую формулировку оснований для возможного отвода арбитра. Это представляется предпочтительнее перечисления всех возможных случаев и других уместных ситуаций. Согласно смыслу слова "только", основания для отвода, о которых здесь идет речь, являются исчерпывающими. Хотя опираться на какую-либо конкретную причину, записанную в национальном праве (часто применимую и к судьям, и к арбитрам), нельзя, считается, что будет трудно найти какую-либо из таких причин, которая не охватывалась бы данной общей формулировкой.

5. Можно отметить, что Рабочая группа придерживалась мнения, согласно которому вопрос о компетенции арбитра и требования, предъявляемые ему сторонами, более тесно связаны с ведением разбирательства, нежели с первоначальным назначением 43/. Таким образом, это должно быть рассмотрено в соответствии со статьей I4 и, возможно, статьей I9(3) 44/. Однако в этой связи признается, что поведение арбитра может подпадать под положение статьи I2(2), в тех случаях, например, когда какое-либо из его действий или заявлений вызывает обоснованное сомнение в отношении его беспристрастности или независимости. Комиссия может пожелать рассмотреть этот вопрос, выражая данное толкование в тексте, поскольку слово "обстоятельства" и тесная связь с пунктом I могут привести к более узкому толкованию, которое не будет охватывать такие понятия, как неправильное или неправомерное выполнение своих обязанностей.

6, Второе предложение пункта 2 удерживает сторону от отвода арбитра, которого она сама назначила или в назначении которого принимала участие, на любом основании, которое было известно ей до назначения. В таком случае сторона не должна была назначать или соглашаться на назначение кандидата, чья беспристрастность или независимость были под сомнением. Считается, что выражение "участие в назначении" покрывает не только случаи, когда стороны совместно назначают арбитра (к примеру, в соответствии со статьей II(3) (b), но и случаи менее прямого участия, как, например, случай в рамках процедуры, предусмотренной в арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ (статья 6(3)).

* * *

Статья I3. Процедура отвода

I) Стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре отвода арбитра при условии соблюдения положений пункта 3 настоящей статьи.

2) В отсутствие такой договоренности сторона, намеревающаяся заявить отвод арбитру, в течение пятнадцати дней после того, как ей стало известно о любых обстоятельствах, указанных в пункте 2 статьи I2, сообщает арбитражному суду в письменной форме мотивы отвода. Если арбитр, которому заявлен отвод, сам не отказывается от выполнения своих функций или другая сторона не соглашается с отводом, решение об отводе принимает арбитражный суд.

3) Если заявление об отводе, при применении процедуры, согласованной сторонами, или процедуры, предусмотренной в пункте 2 настоящей статьи, не удовлетворяется, сторона, заявляющая отвод, может просить суд, указанный в статье 6, в течение пятнадцати дней после получения решения об отклонении отвода, принять решение по отводу, которое будет окончательным; во время рассмотрения такой просьбы арбитражный суд, включая арбитра, которому заявлен отвод, может продолжать арбитражное разбирательство.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 44-45
A/CN.9/232, пункты 6I-65
A/CN.9/233, пункты I07-III
A/CN.9/245, пункты 205-2I2
A/CN.9/246, пункты 36-39

КОММЕНТАРИЙ

Свобода договариваться и ее пределы, пункт 1

1. Пункт 1 признает свободу сторон договариваться о процедуре отвода арбитра, а основания для такого отвода исчерпывающим образом изложены в обязывающей части статьи 12(2).

2. Таким образом, типовой закон дает полную силу любой договоренности об отводе и решению по этому вопросу. Но есть одно особое ограничение 45/. Стороны не могут исключать как последнее средство обращение в суд, предусмотренное в пункте 3. Это ограничение в отличие от ограничения, зафиксированного в статье 11(2) и (4) 46/, применяется независимо от того, уполномочили ли стороны какой-либо другой орган, например назначающий орган, принять окончательное решение в отношении отвода. Считается, что в подобном случае сторона, заявляющая отвод, будет вынуждена использовать все имеющиеся возможности и ожидать решения данного органа; однако данное решение не будет окончательным, поскольку обращение в качестве крайней меры в суд, указанный в статье 6, не может быть исключено по договоренности между сторонами.

Дополнительные правила по процедуре отвода, пункт 2

3. Пункт 2 предоставляет в распоряжение сторон, которые не достигли согласия о процедуре отвода, систему отвода путем определения периода времени и формы заявления отвода, а также порядка принятия решения по нему, с соблюдением в конечном счете условий контроля вышестоящей юридической инстанции, как это предусмотрено в пункте 3.

4. Как записано во втором предложении пункта 2, вопрос об отводе будет решаться арбитражным судом, если потребуется решение, то есть если арбитр, которому заявлен отвод, не освобождает занимаемой должности или если отвод не принимается другой стороной. Не имеет практического смысла поручать арбитражному суду решать вопрос об отводе в случае единоличного арбитра, которому был заявлен отвод, но который отказывается освободить занимаемую должность. Однако это имеет определенные преимущества в случае, когда заявляется отвод одному из трех арбитров, несмотря на возможные психологические трудности, связанные с тем, что арбитражному суду придется выносить решение об отводе одного из своих членов. По крайней мере в тех случаях, когда заявление об отводе является необоснованным или объективно несостоятельным, в целях сохранения времени и денежных средств может быть отменено заключительное обращение в суд. Следует добавить, что подобное решение не является вопросом процедуры в пониманиистатьи 29 (второе предложение) и, следовательно, не является обязательным для всех или большинства его членов (статья 29, первое предложение) 47/. Это означает, что заявление об отводе может быть удовлетворено, только если два других члена суда вынесут решение в пользу стороны, заявляющей отвод.

Судебный надзор в отношении арбитража, пункт 3

5. Пункт 3 предоставляет любой заявляющей отвод стороне, которая не удовлетворена процедурой, согласованной сторонами, или процедурой, предусмотренной в пункте 2, право прибегнуть к дальнейшему средству - обратиться к суду, указанному в статье 6. Положение этого пункта в его наиболее важной части предусматривает компромиссное урегулирование разногласий по вопросу о том, следует ли допускать любое обращение к суду лишь после окончательного арбитражного решения или принимать постановления суда в ходе арбитражного разбирательства. Основной довод в пользу первого положения заключается в том, что оно не позволяет использовать тактику затягивания; основной довод в пользу второго положения заключается в том, что быстрое принятие постановления положило бы конец нежелательному положению, когда арбитр, которому заявлен отвод, продолжает участвовать в разбирательстве, и позволило бы, в частности, избежать излишней траты времени и средств в тех случаях, когда суд позднее поддерживает отвод.

6. В пункте 3, как и в статье 14, но в отличие от пункта 3 статьи 16, предусматривается вмещательство суда в ходе арбитражного разбирательства, однако в нем содержится три положения, рассчитанных на то, чтобы свести до минимума риск и негативные последствия тактики оттягивания времени. Первое положение предусматривает короткий промежуток времени (пятнадцать дней) для обращения в суд с просьбой отменить отрицательное решение арбитражного трибунала или любого другого органа, выбранного по согласию сторон. Второе положение заключается в том, что решение суда будет окончательным; помимо того, что исключаются апелляции, другие меры, касающиеся организации суда, указанного в статье 6, могут ускорить рассмотрение дел 48/. Третье положение заключается в том, что арбитражный суд, включая арбитра, которому заявлен отвод,

может продолжать арбитражное разбирательство во время рассмотрения такой просьбы; суд, безусловно, поступит таким образом, если он сочтет отвод абсолютно необоснованным и служащим попросту целям оттягивания времени.

* * *

Статья 14. Бездействие или невозможность действия

Если арбитр юридически или фактически оказывается не в состоянии выполнять свои функции или бездействует по другим причинам, то его мандат прекращает действовать, если он отказывается от выполнения своих функций или если стороны договариваются относительно такого прекращения. В случае, если расхождение во мнениях относительно какого-либо из таких оснований остается, любая сторона может обратиться с просьбой к суду,указанному в статье 6, принять решение относительно прекращения действия мандата, которое будет окончательным.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункт 50
A/CN.9/232, пункты 66-69
A/CN.9/233, пункты 112-117
A/CN.9/245, пункты 213-216
A/CN.9/246, пункты 40-42

КОММЕНТАРИЙ

1. В статье 14 рассматривается вопрос о прекращении действия мандата арбитра, который юридически или фактически оказывается не в состоянии выполнять свои функции или бездействует по другим причинам. В любом таком случае его мандат прекращает действовать, если он прекращает выполнять свои функции, или если стороны договариваются относительно такого прекращения, или в том случае, когда это является настолько самоочевидным последствием, что не требуется ни отказа, ни договоренности, например в случае смерти.

2. В других случаях суд, указанный в статье 6, вынесет по просьбе одной из сторон окончательное решение относительно прекращения действия мандата, если сохраняются разногласия относительно любых из упомянутых выше причин. Необходимость в такой помощи суда будет редко возникать в том, что касается юридической и фактической несостоятельности, и, весьма возможно, будет связана с менее точным основанием: "бездействие".

3. Следует признать, что эта формула, взятая из арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (пункт 2 статьи 13), является туманной, в частности, относительно (неопределенного) элемента времени, заключенного в термине "бездействие". Тем не менее она используется в данном случае, так как не представилось возможным найти другую приемлемую более точную формулу, которая была бы достаточно гибкой и охватывала бы все то множество ситуаций, в которых сохранение на посту арбитра, не выполняющего своих обязанностей, становилось бы нетерпимым.

4. При решении вопроса о том, бездействует ли арбитр, предложено руководствоваться следующими соображениями: какие действия ожидаются или требуются от него в свете арбитражного соглашения и конкретной процедурной ситуации? Если они ничего не сделал в этом отношении, было ли промедление настолько чрезмерным, что оно является неприемлемым в свете обстоятельств, включая технические трудности и сложность данного случая? Если он что-то сделал и действовал определенным образом, является ли его поведение на профессиональном уровне гораздо ниже того, которое можно было бы ожидать от арбитра? К факторам, оказывающим влияние на ожидаемый профессиональный уровень, относятся способность выполнять свои обязанности эффективно и быстро, а также профессиональная компетентность или другие качества, которые требуются от арбитра в соответствии с соглашением сторон.

5. Следует отметить, что статья 14 не охватывает все причины,которые приводят к прекращению действия мандата арбитра. Другие причины могут быть найдены в статье 15 [49].

* * *

Статья I4-бис

Тот факт, что в случаях, предусмотренных в пункте 2 статьи I3 или в статье I4, арбитр отказывается от выполнения своих функций или сторона соглашается с прекращением действия мандата арбитра, не означает признания любого основания, упомянутого в пункте 2 статьи I2 или в статье I4.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/233, пункты I07, I09
A/CN.9/245, пункты 209, 2I3, 2I5
A/CN.9/246, пункты 33, 35

КОММЕНТАРИЙ

I. Статья I4-бис предусматривает, что отказ арбитра от выполнения своих функций или согласие одной из сторон на прекращение действия его мандата как в соответствии с пунктом 2 статьи I3, так и статьи I4 не означает признания любого основания, в соответствии с которым запрашивается прекращение действия мандата. Это положение, исключающее любой вывод о признании оснований, имеет целью способствовать такому отказу арбитра от выполнения своих функций или согласию сторон с целью избежать разногласий затяжного характера.

2. Данное положение представлено в отдельной статье, так как оно относится к двум разным статьям. Если сохранить его в данной формулировке,его можно было бы поместить под следующим заголовком: "Непризнание оснований".

* * *

Статья I5. Назначение нового арбитра

Если мандат арбитра прекращает действовать на основании статей I3 или I4, или ввиду прекращения выполнения им своих функций по любой другой причине, или ввиду отмены его мандата по соглашению сторон, или в любом другом случае прекращения действия его мандата, новый арбитр назначается в соответствии с правилами, которые применялись при назначении заменяемого арбитра, если стороны не договорились об ином.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункт 50
A/CN.9/232, пункты 70-72
A/CN.9/233, пункты II8-I20
A/CN.9/245, пункты 2I7-2I9
A/CN.9/246, пункты 42-48

КОММЕНТАРИЙ

Другие случаи прекращения действия мандата

I. В статье I5 рассматривается главным образом вопрос о том, как будет назначаться новый арбитр. Однако, для того чтобы охватить все возможные случаи, когда может возникнуть такая необходимость, в ней рассматриваются менее конкретно и те сложные ситуации прекращения действия мандата, которые не охвачены в статьях I3 и I4.

2. В данной статье дополнительно приводятся два наиболее важных случая, а именно: прекращение арбитром выполнения своих функций "по любой другой причине" (помимо тех, которые охвачены в статьях I3 и I4) и отмена его мандата по соглашению сторон. Последний случай, то есть освобождение арбитра от выполнения им своих функций по соглашению сторон, как представляется, включен обоснованно, в силу консенсуального характера арбитража, при котором стороны имеют неограниченную свободу по своему усмотрению договариваться о прекращении действия мандата арбитра.

3. Включение первого случая, однако, представляется менее оправданным и может, например, вызвать возражения на том основании, что лицо, которое было принято в качестве арбитра, не может быть уволено без серьезных причин. Тем не менее бессмысленно требовать веской причины для увольнения (или пытаться перечислить все возможные причины, оправдывающие увольнение), так как арбитра, не желающего заниматься арбитражным разбирательством, фактически невозможно заставить выполнять свои функции 50/. В отношении обоих этих случаев следует отметить, что типовой закон не рассматривает юридическую ответственность арбитра или другие вопросы, касающиеся договорных отношений между сторонами и арбитром.

Правила назначения нового арбитра

4. В тех случаях, когда необходимо назначить нового арбитра, он назначается по правилам, которые применялись при назначении заменяемого арбитра, независимо от того, записаны ли эти правила в арбитражном соглашении или применяются дополнительные правила из типового закона.

5. Это положение является необязательным, о чем свидетельствуют слова "если стороны не договорились об ином". Такая договоренность обычно устанавливает новую процедуру назначения заменяемого арбитра, мандат которого прекращает действовать 51/. Однако она может касаться рассматриваемого ранее вопроса о том, существует ли вообще необходимость назначения нового арбитра. Например, когда стороны назначили единоличного арбитра в своем первоначальном соглашении, они могут выразить пожелание не продолжать арбитражное разбирательство без него.

* * *

ГЛАВА IV. КОМПЕТЕНЦИЯ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Статья I6. Право на вынесение постановления о своей компетенции

I) Арбитражный суд вправе вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям в отношении наличия или действительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, считается соглашением, не зависящим от других условий договора. Вынесение арбитражным судом решения о недействительности договора не влечет за собой ipso jure недействительность арбитражной оговорки.

2) Заявление об отсутствии у арбитражного суда компетенции должно быть сделано не позднее представления возражений по иску. Назначение стороной арбитра и ее участие в назначении арбитра не лишает сторону права сделать такое заявление. Заявление о том, что арбитражный суд выходит за пределы своей компетенции, делается без промедления после того, как арбитражный суд объявил о своем намерении принять решение по вопросу, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы его компетенции. Арбитражный суд может в любом из этих случаев принять заявление, сделанное позднее, если он сочтет задержку оправданной.

3) Арбитражный суд может вынести постановление по заявлению, упомянутому в пункте 2 настоящей статьи, либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. В обоих случаях постановление арбитражного суда о том, что он обладает компетенцией, может быть оспорено любой стороной лишь в иске об отмене арбитражного решения.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 34, 8I-83
A/CN.9/232, пункты 47-48, I46-I50, I52-I57
A/CN.9/245, пункты 58-65
A/CN.9/246, пункты 49-52, 54-56

КОММЕНТАРИЙ

A. Доктрина "компетенции в отношении компетенции" и отделимости, пункт 1

1. Статья 16 содержит важный принцип, предусматривающий, что прежде всего сам арбитражный суд принимает решение о своей компетенции, которое ставится под окончательный контроль суда (см. пункты 12-14, ниже). Пункт 1 уполномочивает арбитражный суд выносить решение о своей компетенции, в том числе по любым возражениям в отношении наличия или действительности арбитражного соглашения. Эти полномочия, часто именуемые "компетенции в отношении компетенции", являются важным и широко признанным элементом современного международного арбитража; однако до настоящего времени он признается еще не во всех национальных законодательствах.

2. Это также относится ко второму принципу, содержащемуся в статье 16(1), а именно доктрине отделимости (или независимости) арбитражной оговорки. Данная доктрина дополняет полномочия арбитражного суда определять свою собственную компетенцию, предусматривая, что такая оговорка должна рассматриваться в качестве соглашения, не зависящего от других условий договора. Поэтому решение арбитражного суда о недействительности договора не влечет за собой вывода о том, что арбитражная оговорка является недействительной. Таким образом, арбитражный суд располагает компетенцией выносить решения о недействительности договора (и в отношении последующих вопросов, представленных на его рассмотрение), если только он не устанавливает, что недостаток, являющийся причиной недействительности договора, также затрагивает саму арбитражную оговорку. Здесь можно отметить, что принцип отделимости, провозглашенный в статье 16(1), в отличие от некоторых национальных законов, в которых в этой связи проводится различие между первоначальными недостатками и последующими причинами недействительности, применяется независимо от характера этого недостатка.

3. В статье 16 не указывается, в соответствии с каким правом арбитражный суд регулирует различные возможные вопросы, касающиеся его компетенции. Существует мнение, что применимое право должно быть тем же, что и право, которое будет применяться при отмене разбирательства согласно статье 34 судом, указанным в статье 6, поскольку это разбирательство представляет собой окончательный контроль суда над решением арбитражного суда (статья 16(3)). Это означает, что решение о дееспособности сторон и действительности арбитражного соглашения будет приниматься на основании права, определенного в соответствии с нормами, содержащимися в статье 34(2)(a)(i), а также, что вопрос о подсудности дела арбитражу и другие вопросы публичного порядка будут регулироваться правом "этого государства" (см. существующий текст статьи 34(2)(b) 52/. Что касается последних вопросов, включая вопрос о подсудности дела арбитражу, также существует мнение, что арбитражный суд, подобно суду, указанному в статье 34(2)(b), должен выносить определение ex officio, то есть без любого заявления стороны, как указано в статье 16(2) 53/.

B. Предельные сроки представления возражений, пункт 2

4. Пункт 2 касается возможного заявления стороны об отсутствии у арбитражного суда компетенции выносить решения по рассматриваемому им делу или о том, что он вышел за пределы своей компетенции. Его цель, в частности, состоит в обеспечении того, чтобы любые такие возражения представлялись без промедления.

5. Ответчик не может ссылаться на отсутствие компетенции после представления своих возражений по иску (как указано в статье 23(1)), если только арбитражный суд не примет заявление, представленное позднее, поскольку он считает задержку оправданной. Что касается встречного иска, который в тексте конкретно более не упоминается 54/, соответствующим предельным сроком будет являться момент, когда истец представляет свой ответ на встречный иск.

6. Как указано во втором предложении пункта 2, назначение стороной арбитра или ее участие в назначении арбитра не лишает ответчика права ссылаться на отсутствие компетенции. Таким образом, если, несмотря на свои возражения, он предпочтет не занимать пассивной позиции, а принять участие и оказать влияние при учреждении арбитражного суда, который в конечном счете вынесет постановление относительно его возражений, то он не обязан делать какие-либо оговорки, что необходимо, согласно некоторым национальным законодательствам, для исключения последствий отказа или представления.

7. Второй вид заявления, указанный в пункте 2, а именно, что арбитражный суд вышел за пределы своей компетенции, должен представляться без промедления после того, как арбитражный суд объявил о своем намерении принять решение по вопросу, который, как предполагается, выходит за пределы его компетенции; в этом случае также заявление может быть принято позднее, если арбитражный суд считает, что такая задержка оправдана. Хотя любое превышение арбитражным судом своей компетенции может чаще всего произойти или стать очевидным только в контексте арбитражного решения или другого решения, вышеупомянутый предельный срок является уместным и целесообразным лишь в тех случаях, когда это выявляется на более ранних этапах, например, когда арбитражный суд запрашивает свидетельства, касающиеся вопроса, не представленного на его рассмотрение.

C. Последствия неспособности сделать заявление

8. В типовом законе не указывается, оказывает ли неспособность стороны представить свои возражения в течение срока, установленного статьей 16(2), влияние на этапе, следующем после принятия арбитражного решения. Соответствующее замечание Рабочей группы сводилось к тому, что сторона, которая не сделала заявление в соответствии с пунктом 2 статьи 16, должна быть лишена возможности выступать с подобными возражениями не только в ходе последующих этапов арбитражного разбирательства, но и в других случаях, в частности при рассмотрении просьбы об отмене или приведении в исполнение решения, с той, однако, оговоркой, что существуют определенные пределы, как, например, публичный порядок, включая вопрос о подсудности дела арбитражу 55/.

9. Указывается, что это замечание соответствует цели, лежащей в основе пункта 2, и может найти соответствующее отражение в типовом законе 56/. На практике это означало бы, что любое возражение, например в отношении действительности арбитражного соглашения, не может позднее служить основанием для отмены согласно статье 34(2)(a)(i) или для просьбы согласно статье 36(I)(a)(i) об отказе в признании или приведении в исполнение арбитражного решения (вынесенного на основании этого закона); данные положения об основаниях для отмены или отказа в признании или приведении в исполнение будут по-прежнему применяться и иметь практическое значение для тех случаев, когда сторона представила заявление вовремя, но без успеха, или когда сторона не участвовала в арбитраже, или, по крайней мере, не представляла заявления, или не принимала участия в слушаниях по существу спора.

10. Как указано в вышеупомянутом замечании Рабочей группы, существуют ограничения последствий неспособности стороны представить свои возражения. Эти ограничения вызваны тем фактом, что некоторые недостатки, такие как нарушение публичного порядка, включая неподсудность дела арбитражу, не могут быть устранены путем представления вопроса на разбирательство. Соответственно, подобные основания для заявления об отсутствии компетенции будут определяться судом в соответствии со статьей 34(2)(b) или, что касается арбитражных решений, вынесенных на основании этого закона, в соответствии со статьей 36(I)(b), даже если ни одна из сторон не представила каких-либо возражений в этой связи в ходе арбитражного разбирательства. Можно добавить, что этот вывод соответствует тому пониманию (упомянутому в пункте 3, выше), что последние вопросы должны регулироваться арбитражным судом ex officio.

D. Постановление арбитражного суда и судебный контроль, пункт 3

11. Возражения относительно компетенции арбитражного суда затрагивают саму суть арбитража. Таким образом, рассмотрение вопросов компетенции предшествует рассмотрению вопросов по существу, и, как правило, постановления по ним выносятся в первую очередь в отдельном решении с целью избежать возможных потерь времени и средств. Однако в некоторых случаях, в частности когда вопрос о компетенции переплетается с вопросом по существу, видимо, целесообразно совмещать постановление о компетенции с частичным или окончательным арбитражным решением по существу требования. Поэтому в статье 16(3) арбитражному суду предоставляется дискреционное право выносить постановление относительно заявления, упомянутого в пункте 2, либо в предварительном порядке, либо в решении по существу спора.

12. Как указывалось ранее (см. пункт I, выше), право арбитражного суда на вынесение постановления о своей компетенции подлежит судебному контролю. Когда постановление арбитражного суда о том, что он обладает компетенцией, в порядке исключения включается в арбитражное решение по существу, вполне очевидно, что судебный контроль над таким постановлением будет осуществляться на основании заявления возражающей стороны об отмене этого арбитражного решения. Менее ясным и фактически противоречивым является случай, когда такое положительное постановление выносится по заявлению в предварительном порядке. В статье 16(3) предусматривается,

что и в этом случае судебный контроль может испрашиваться только после вынесения арбитражного решения по существу, а именно при отмене разбирательства (и, хотя это не вытекает непосредственно из настоящего текста 57/, при любой процедуре признания или приведения в исполнение арбитражного решения).

I3. Это решение было принято в целях предупреждения тактики проволочек и злоупотреблений любым непосредственным правом на ходатайство и подкреплено упразднением прежнего проекта статьи I7, который предусматривал одновременный контроль суда 58/. Недостаток этого решения, как указывали сторонники непосредственного контроля со стороны суда, заключается в том, что оно может привести к существенной потере времени и денежных средств, когда после продолжительного разбирательства, связанного с дорогостоящими слушаниями и рассмотрением свидетельских показаний, суд отменяет арбитражное решение ввиду отсутствия компетенции.

I4. Указывалось, что значение этих двух противоречивых точек зрения, а именно опасение, связанное с возможным применением тактики проволочек и создания препятствий, с одной стороны, и предотвращение потерь времени и денежных средств - с другой, трудно оценить в общем плане, если принять во внимание все возможные случаи. Как представляется, такая оценка может быть более эффективной, если она будет осуществляться в отношении каждого конкретного случая. Таким образом, видимо, целесообразно предоставить арбитражному суду свободу действий, основанную на оценке им конкретных положений сторон этих точек зрения в отношении вынесения постановления либо в форме арбитражного решения, которое будет незамедлительно ставиться на контроль суда 59/, либо в форме процедурного решения, которое может быть оспорено лишь иском об отмене последующего арбитражного решения по существу. При рассмотрении этого предложения, которое помогло бы устранить существующие противоречия между статьей I6(3) и статьей I3(3), можно принять во внимание возможность включения в статью I3(3) специальных положений, направленных на сокращение до минимума возможности применения тактики проволочек, а именно предусмотрев непродолжительный предельный срок обращения в суд, окончательность судебного решения и свободу действий арбитражного суда в отношении продолжения разбирательства.

I5. Статья I6(3) не регулирует случай, когда арбитражный суд выносит постановление об отсутствии у него компетенции. Предыдущий проект положения, который допускал обращение в суд не только в целях принуждения арбитров продолжать разбирательство, но и для получения решения относительно наличия действительного арбитражного соглашения, не был сохранен Рабочей группой 60/. Указывалось, что такое постановление арбитражного суда является окончательным и обязательным для этого арбитражного разбирательства; однако оно не регулирует вопроса о том, должен ли решение об иске по существу спора принимать суд или арбитражный суд. Указывалось, что вопрос о том, можно ли испрашивать контроль суда над таким постановлением, не обращаясь с просьбой в ходе разбирательства по существу, как указано в статье 8(I), а каким-либо иным образом, зависит, следовательно, от общих норм арбитража или гражданского процессуального права.

* * *

Статья I8. Полномочие арбитражного суда на вынесение решения о принятии обеспечительных мер

Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может по просьбе одной из сторон вынести постановление о принятии любых обеспечительных мер защиты, которые он считает необходимыми в отношении предмета спора. Арбитражный суд может потребовать от любой стороны предоставить обеспечение возмещения расходов по принятию таких мер.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 65-69
A/CN.9/232, пункты II9-I23
A/CN.9/245, пункты 70-72
A/CN.9/246, пункты 57-59

КОММЕНТАРИЙ

I. Согласно статье I8, арбитражный суд обладает предполагаемыми полномочиями, если они не исключены соглашением сторон, выносить постановления о принятии любой стороной таких обеспечительных мер защиты, которые арбитражный суд сочтет необходимым в отношении

предмета спора. Общая цель такого постановления заключается в предотвращении или сведении до минимума любых издержек, которые могут быть вызваны продолжительностью арбитражного разбирательства до окончательного урегулирования спора и осуществления принятых решений.

2. Практическими примерами обеспечительных мер, направленных на предотвращение или сокращение ущерба, являются, в частности, сохранение, хранение или продажа товаров, являющихся предметом спора. Однако действие статьи I8 не ограничивается торговыми сделками и может, например, охватывать меры, сформулированные в предварительном порядке для определения и "упорядочения" отношений между сторонами в рамках долгосрочного проекта. Примеры таких постановлений modus vivendi включают использование или текущий ремонт машин и оборудования или объектов или же продолжение определенного этапа строительства, если это необходимо, для предотвращения непоправимого ущерба. В заключение постановление может преследовать цель обеспечения свидетельских доказательств, которые в противном случае нельзя получить на более позднем этапе разбирательства.

3. Как явствует из текста статьи I8, обеспечительные меры должны быть связаны с предметом спора и постановление может быть обращено только к одной из сторон (или обеим сторонам). Это ограничение, вытекающее из того факта, что компетенция арбитражного суда основана на арбитражном соглашении, представляет собой один из основных факторов, сужающих сферу применения статьи I8 в отличие от существенно более широкой сферы действия судебных мер, предусмотренных статьей 9 61/.

4. Другое существенное различие состоит в том, что статья I8 не предоставляет арбитражному суду права приводить в исполнение свои постановления и не предусматривает обеспечения в судебном порядке исполнения таких постановлений арбитражного суда; первоначальный проект положения, предусматривающего судебную помощь в этой связи, не был сохранен Рабочей группой. Тем не менее предполагалось, что государство не лишается права оказывать такую помощь на основании своего процессуального права 62/ ни путем обеспечения исполнения в судебном порядке, ни путем предоставления арбитражному суду полномочий принимать определенные принудительные меры.

5. Однако даже при отсутствии такой возможности приведения в исполнение своих постановлений, полномочие арбитражного суда, предусмотренное в статье I8, имеет практическое значение. Предполагается, что та или иная сторона выполнит постановление и примет меры, являющиеся необходимыми, по мнению арбитров, которым в конечном счете самим предстоит принять решение по рассматриваемому делу. Такая вероятность может быть расширена благодаря использованию права требовать от любой стороны обеспечения расходов по осуществлению таких мер, в частности, когда арбитражный суд предписывает другой стороне предоставить обеспечение, которое, как указывается, может также включать любые возможные убытки. В заключение, если сторона не принимает обеспечительных мер во исполнение постановления арбитражного суда, то такое невыполнение может быть учтено при вынесении окончательного решения, в частности при соответствующей оценке ущерба.

* * *

ГЛАВА V. ВЕДЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Статья I9. Определение правил процедуры

1) При условии соблюдения положений настоящего Закона стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства арбитражным судом.

2) В отсутствие такого соглашения арбитражный суд может с соблюдением положений настоящего Закона вести арбитраж таким образом, какой он сочтет целесообразным. Полномочия, предоставленные арбитражному суду, включают полномочия на определение допустимости, релевантности, существенности и значимости любого доказательства.

3) В любом случае стороны должны пользоваться равным отношением, и каждая сторона должна располагать полной возможностью представить свое дело.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункт 56
A/CN.9/232, пункты I0I-I06
A/CN.9/245, пункты 73-75
A/CN.9/246, пункты 60-63

КОММЕНТАРИЙ

"Основной свод арбитражных процедур"

I. Статью I9 можно рассматривать как наиболее важное положение типового закона. Она обеспечивает широкую основу для процедурной независимости благодаря признанию свободы сторон разрабатывать правила процедуры (пункт I) и предоставлению арбитражному суду, в отсутствие соглашения между сторонами, широкой свободы выбора в вопросе о том, как следует вести разбирательство (пункт 2) при соблюдении основополагающих принципов справедливости (пункт 3). В совокупности с другими положениями, касающимися арбитражных процедур, она обеспечивает свободу действий с учетом широкого ряда требований и обстоятельств международных дел, не зависящих от местных особенностей и традиционных норм, которые можно встретить в действующем внутреннем праве места проведения арбитража.

Свобода действий сторон при разработке правил процедуры, пункт I

2. Пункт I гарантирует сторонам свободу выбора правил, регулирующих порядок осуществления избранного метода урегулирования спора. Это позволяет им приводить такие правила в соответствие с их конкретными нуждами и чаяниями. С этой целью они могут подготовить собственный комплекс правил или, как уточняется в статье 2(d), использовать стандартные правила официального (контролируемого или регулируемого) арбитража или же просто специального арбитража. Таким образом, стороны могут в полной мере воспользоваться услугами постоянных арбитражных учреждений или использовать апробованные арбитражные процедуры торговых ассоциаций. Они могут выбрать знакомые им процедурные положения или даже процедуру, закрепленную в конкретной правовой системе. Однако, если они используют конкретные положения гражданского процессуального права, включая положения о доказательствах, то такие положения будут являться применимыми на основании их выбора, а не в силу того, что они являются национальными по своему характеру.

3. Свобода действий сторон регулируется исключительно положениями типового закона, а именно его императивными положениями. Наиболее важным из этих положений, от которого стороны не могут уклоняться, является положение, содержащееся в пункте 3. Другие положения подобного рода, касающиеся ведения разбирательства или вынесения арбитражного решения, содержатся в статьях 23(I), 24(2)-(4), 27, 30(2), 3I(I),(3),(4), 32 и 33(I),(2),(4),(5).

Дискреционное право арбитражного суда выбирать процедуру разбирательства, пункт 2

4. Если стороны не пришли к договоренности до или в ходе арбитражного разбирательства 63/ относительно процедуры разбирательства (по крайней мере по конкретному предмету спора), арбитражный суд имеет право вести разбирательство таким образом, какой он сочтет необходимым с учетом лишь положений типового закона, в которых часто указываются особенности дискреционных полномочий (например, статьи 23(2), 24(I),(2), 25) и иногда ограничивается свобода действий в целях соблюдения справедливости (например, статьи I9(3), 24(3),(4), 26(2)). Как указано в пункте 2, эти полномочия включают право определять допустимость, приемлемость, материальность и значимость любого доказательства 64/. Это право, в свою очередь, включает в себя полномочия арбитражного суда определять свои собственные нормы в отношении доказательств, хотя конкретной ссылки на это в тексте не содержится.

5. За исключением случаев, когда стороны разрабатывают подробные и обязательные к исполнению правила процедуры, в том числе касающиеся доказательств, дискреционные полномочия арбитражного суда являются достаточно широкими ввиду того факта, что типовой закон, содержащий ряд положений, ограничивающих процедурную свободу действий, обеспечивает значительную свободу выбора. Это позволяет арбитражному суду учитывать требования конкретного дела и выбирать наиболее подходящую процедуру при организации арбитража, ведении отдельных слушаний или других заседаний, а также при определении того, какие факторы являются важными при сборе и оценке доказательств.

6. В практическом плане арбитры имеют возможность применять процедурные положения, знакомые или по крайней мере приемлемые для сторон (и для них самих). Так, например, когда обе стороны принадлежат к одной и той же правовой системе, арбитражный суд может полагаться на практику аффидевита и не требовать большего выявления фактов до слушания дела, чем в случае, когда стороны используют традиционное гражданское право, в котором, например, форма разбирательства может носить больше следственный, чем арбитражный характер. Кроме того, когда стороны принадлежат к различным правовым системам, арбитражный суд может использовать демократичную "смешанную" процедуру, используя подходящие положения различных правовых систем и применяя методы, апробированные в международной практике, и, например, может позволить сторонам представить свое дело так, как они сами считают нужным. Как представляется, такая процедурная свобода действий во всех вышеупомянутых случаях облегчает международный торговый арбитраж, в то время как вынужденное использование национального законодательства той стороны, где происходит арбитражное разбирательство, связано с возникновением существенных трудностей для любой стороны, не привыкшей к данной конкретной и, возможно, своеобразной системе процедур и доказательств.

Основополагающие требования справедливости, пункт 3

7. Пункт 3, провозглашающий основополагающие принципы справедливости, предусматривает, что стороны пользуются равным отношением и каждая сторона должна располагать полной возможностью представить свое дело. Как свидетельствуют слова "в любом случае", эти основополагающие требования должны соблюдаться не только арбитражным судом при использовании своих дискреционных полномочий, согласно пункту 2, но и сторонами при пользовании свободой действий, согласно пункту I, в ходе разработки правил процедуры. Существует мнение, что эти принципы, с учетом их основополагающего характера, должны соблюдаться во всех процедурах, включая, например, процедуры, упомянутые в статьях I3 и I4.

8. Принципы, изложенные в пункте 3 в общем плане, реализуются и приобретают более конкретную форму в таких положениях, как статьи 24(3),(4) и 26(2) 65/. Другие положения, такие как статьи I6(2), 23(2) и 25(c), содержат некоторые уточнения или ограничения конкретных процедур в целях обеспечения более эффективного и оперативного разбирательства. Из последних положений, которые, как и другие положения типового закона, соответствуют принципам, изложенным в статье I9(3), явствует, что "полная возможность представить свое дело" не дает стране права препятствовать разбирательству, применяя тактику проволочек, и, например, представлять любые возражения, поправки или доказательства только перед самым вынесением арбитражного решения.

9. Безусловно, арбитражный суд должен руководствоваться этим принципом и, более того, придерживаться его при определении соответствующих процедур ведения разбирательства, например при установлении сроков представления заявлений или доказательств или при определении норм слушания дела. Например, он не должен требовать от стороны большего, чем от нее можно ожидать в конкретных обстоятельствах. Что касается замечания Рабочей группы, отраженного в комментарии к статье I2 (пункт 5), то могут возникнуть сомнения относительно того, предоставляется ли стороне полная возможность представить свое дело, если, хотя она может полностью изложить свои претензии и представить соответствующие доказательства, действия арбитра явно свидетельствуют об отсутствии компетенции или другой характеристики, которая требуется от него в соответствии с соглашением сторон.

* * *

Статья 20. Место арбитража

I) Стороны могут по своему усмотрению согласовать место арбитража. В отсутствие такого соглашения место арбитража определяется арбитражным судом.

2) Несмотря на положения пункта I настоящей статьи, арбитражный суд может, если стороны не договорились об ином, проводить заседания в любом месте, которое он считает надлежащим для проведения консультаций между его членами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон или для осмотра товаров, другого имущества или документов.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 53-55
A/CN.9/232, пункты 99-100, 112-113
A/CN.9/245, пункты 76-79
A/CN.9/246, пункты 64-65

КОММЕНТАРИЙ

Определение места арбитража, пункт 1

1. В пункте 1 признается право сторон согласовывать место арбитража. Стороны могут либо самостоятельно определить место, либо, как явствует из статьи 2(c), уполномочить третью сторону или соответствующее учреждение сделать такой выбор. Если соответствующая договоренность не достигнута, место арбитража определяется арбитражным судом.

2. Место арбитража имеет правовое значение с трех точек зрения. Во-первых, оно является одним из возможных факторов, определяющих международный характер арбитража при условии, что такое место определяется в арбитражном соглашении или в соответствии с этим соглашением (статья 1(2)(b)(i)). Во-вторых, оно является связующим фактором "территориальной" применимости типового закона либо в качестве исключительного критерия, если Комиссия займет позицию, получившую наибольшую поддержку в Рабочей группе, либо в качестве вспомогательного связующего фактора, если типовой закон в своей окончательной форме позволит сторонам выбирать процессуальное право, отличное от процессуального права государства, где проводится арбитраж 66/. В третьих, на основании статьи 31(3) место арбитража является местом вынесения арбитражного решения и, являясь таковым, имеет значение для процедур признания или приведения в исполнение решений, в частности, путем определения на основании статьи 36(1)(a)(v) "страны в которой ... было вынесено арбитражное решение".

Проведение совещаний в месте, отличном от места арбитража, пункт 2

3. Значение места арбитража, в частности, когда оно определяется самими сторонами, состоит в том, что в принципе можно ожидать, что арбитражное разбирательство, включая любые слушания или другие заседания, будет проводиться в этом месте. Однако могут возникнуть самые разные причины для проведения заседаний в другом месте и не только в тех случаях, когда возникает необходимость изменить место (например, в целях проведения инспекции помещений). Например, когда должны заслушиваться свидетели или когда арбитры проводят консультации между собой, другое место может оказаться более подходящим с точки зрения удобства заинтересованных лиц и экономии средств, связанных с арбитражем. Еще одной из многих возможных причин в данном случае может оказаться стремление уравновесить расходы сторон путем проведения ряда заседаний на территории одной стороны и ряда заседаний - на территории другой.

4. В свете вышесказанного пункт 2 уполномочивает арбитражный суд, если стороны не договорились об ином, проводить заседание в любом месте, которое он сочтет надлежащим для проведения консультаций между его членами, заслушивания свидетелей, экспертов или (только) сторон или для осмотра товаров, другого имущества или документов.

* * *

Статья 21. Начало арбитражного разбирательства

Если стороны не договорились об ином, арбитражное разбирательство по поводу конкретного спора начинается в день, когда просьба о передаче этого спора в арбитраж получена ответчиком.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/233, пункты 21-23
A/CN.9/245, пункты 24-27
A/CN.9/246, пункты 66-67

КОММЕНТАРИЙ

1. В статье 21 содержится норма, позволяющая определить момент начала арбитражного разбирательства в отношении конкретного спора. Определение такого момента уместно не только в связи с целями самого типового закона, но также и в связи с правовыми последствиями, регулируемыми другими законами, например в связи с перерывом или временным прекращением любого срока исковой давности.

2. Соответствующим моментом является дата, когда просьба о передаче конкретного спора в арбитраж получена ответчиком 67/. В такой просьбе, независимо от того, именуется ли она "просьба", "уведомление","заявление" или "исковое заявление", должно быть четко изложено существо конкретного спора и ясно указано, что данное заявление является свидетельством передачи спора в арбитраж, а не просто заявлено, например, о намерении начать впоследствии арбитражное разбирательство.

3. Как указывается в тексте, стороны могут отойти от этого положения и выбрать другой момент начала разбирательства. Например, они могут, что довольно распространено в практике арбитражных учреждений, договориться, ссылаясь на существующие организационно-правовые нормы, что соответствующей датой является дата, когда просьба о передаче спора в арбитраж получена арбитражным учреждением.

* * *

Статья 22. Язык

1) Стороны могут по своему усмотрению договориться о языке или языках, которые будут использоваться при арбитражном разбирательстве. В отсутствие такой договоренности арбитражный суд определяет язык или языки, которые должны использоваться при разбирательстве. Такая договоренность или определение, если в них не оговорено иное, относится к любому письменному заявлению стороны, любому заслушиванию и любому арбитражному решению, постановлению или иному сообщению арбитражного суда.

2) Арбитражный суд может распорядиться о том, чтобы любые документальные доказательства сопровождались переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены арбитражным судом.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/233, пункты 27-30
A/CN.9/245, пункты 34-36
A/CN.9/246, пункты 68-70

КОММЕНТАРИЙ

1. В статье 22 рассматривается вопрос, который, хотя обычно и не отражается в национальных законах об арбитраже, имеет большую практическую важность в международном торговом арбитраже, а именно положение об определении языка или языков, которые будут использоваться при арбитражном разбирательстве. Из этого положения следует, если даже могут возникать какие-либо сомнения по этому вопросу, что арбитражное разбирательство не регулируется какими-либо местными требованиями к языку, например касающимися любого "официального" языка или языков судебного разбирательства в месте арбитража.

2. В соответствии с пунктом 1 язык или языки арбитражного разбирательства должны в основном устанавливать стороны. В данном случае самостоятельность сторон имеет особо важное значение, поскольку установление таких языков оказывает воздействие на их положение в разбирательстве, а также на оперативность разбирательства и величину связанных с ним издержек. Они располагают самыми оптимальными возможностями, чтобы судить о том, например, обоснованно и приемлемо ли использование одного языка или, при необходимости использования более чем одного языка, какие языки они должны использовать. Наличие договоренности сторон позволит с самого начала обеспечить определенность по этому вопросу. Это также окажет помощь в выборе подходящих арбитров и избавит арбитров после их назначения от необходимости принимать процедурные решения, что на практике зачастую сопряжено с определенными трудностями.

3. Если стороны не урегулировали вопрос о языке, то арбитражный суд сам определяет их в соответствии с пунктом I. При этом он учитывает вышеупомянутые факторы и языковые возможности самих арбитров. Прежде всего он должен следовать основополагающим принципам, изложенным в статье I9(3).

4. При этом, однако, понимается, что эти принципы не обязательно означают необходимость признания языка каждой стороны в качестве языка, "который будет использоваться при арбитражном разбирательстве". Например, если стороны использовали лишь один язык в своей деловой деятельности, в частности в своем договоре о переписке, решение арбитражного суда о проведении разбирательства на данном языке само по себе не будет противоречить принципу равноправия сторон или ущемлять интересы стороны, язык которой не используется, в плане обеспечения всех возможностей для представления своего дела. Эта сторона, в сущности, может использовать свой язык на любом слушании или другом заседании, но она должна организовать устный перевод на язык разбирательства или по крайней мере оплатить его. Как свидетельствует этот пример, определение языка или языков, которые будут использоваться, в определенной степени означает решение об издержках. В противном случае, при проведении разбирательства на двух языках, любые расходы, связанные с устным или письменным переводом на два языка, будут составлять часть общих арбитражных издержек и как таковые в принципе относятся на счет проигравшей дело стороны (сравните, например, со статьей 40(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ).

5. В статье 22 указывается объем договоренности о языке или языках и перечисляются случаи, когда должен применяться такой язык, например, в любом письменном заявлении стороны, любом слушании или любом арбитражном решении, постановлении или ином сообщении арбитражного суда. Вместе с тем стороны или арбитры могут установить иной объем. Что касается документальных доказательств, то пункт 2 оставляет за арбитражным судом право принять решение о необходимости перевода на язык разбирательства и об объеме такого перевода. Такая свобода действий представляется уместной ввиду того факта, что указанная документация может иметь значительный объем и лишь частично относиться к существу спора.

* * *

Статья 23. Исковое заявление и возражения по иску

I) В течение срока, согласованного сторонами или определенного арбитражным судом, истец должен заявить об обстоятельствах, подтверждающих его исковое требование, о спорных вопросах и о содержании исковых требований, а ответчик должен заявить свои возражения по этим вопросам. Стороны могут приложить к своим заявлениям все документы, которые они считают относящимися к делу, или могут сделать ссылку на документы или другие доказательства, которые они представят в дальнейшем.

2) В ходе арбитражного разбирательства при отсутствии иной договоренности сторон любая сторона может изменить или дополнить свое исковое требование или возражение по иску, если только арбитражный суд не признает нецелесообразным разрешить такое изменение или дополнение с учетом допущенной задержки или ущерба для интересов другой стороны, или любых иных обстоятельств.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/233, пункты 24-26
A/CN.9/245, пункты 29-30,33
A/CN.9/246, пункты 7I-73

КОММЕНТАРИЙ

Основное содержание искового заявления или возражения по иску, пункт I

I. Пункт I касается подготовки письменных материалов по делу. В первом предложении указаны элементы первоначальных заявлений оснований иска, необходимые для определения спора, по которому арбитражному суду надлежит принять решение. Затем арбитражный суд по своему усмотрению может потребовать дополнительных заявлений или объяснений в соответствии с его общими полномочиями согласно статье I9(2). Требование в отношении содержания первоначального искового заявления и возражения по иску ответчика можно считать настолько основополагающим и необходимым, насколько оно обеспечивает соответствие со всеми существующими арбитражными системами и нормами. Именно из этих соображений это положение не включает дополнительных подробностей, например, в отношении того, кому должны быть направлены заявления 68/.

2. Тем не менее предполагается, что положение не должно носить обязательный характер, по крайней мере в том, что касается его деталей. Например, в арбитражных нормах может содержаться несколько иное описание этих основных элементов или требование о включении их уже в первоначальную просьбу о проведении арбитражного разбирательства, в этом случае ссылка в пункте I на определенный срок окажется излишней.

3. Второе предложение пункта I предусматривает, что каждая сторона по своему усмотрению и в зависимости от своей процедурной стратегии решает, представлять ли все относящиеся к делу документы или на данном этапе по крайней мере сослаться на документы или другие доказательства. Поскольку эта документация или перечень доказательств, таким образом, не являются частью основных элементов содержания первоначальных заявлений, стороны не могут полностью по своему усмотрению выбирать момент времени для предъявления или представления документов или других доказательств, которые они намерены использовать. При отсутствии иного конкретного положения в арбитражном соглашении арбитражный суд может по своему общему усмотрению согласно статье I9(2) потребовать от стороны представить резюме документации и других доказательств, которые эта сторона намерена передать на рассмотрение в поддержку своего искового заявления или возражения по иску и, как указано в статье 25(c), потребовать от стороны представить документы, вещественные доказательства или другие доказательства в течение определенного срока.

Изменение или дополнение искового требования или возражения по иску, пункт 2

4. Пункт 2 оставляет за арбитражным судом право по своему усмотрению устанавливать на основе определенных критериев, может ли сторона изменить или дополнить свое исковое требование или возражение по иску. Одним из основных критериев являются продолжительность и обоснованность задержки, связанной с таким изменением (или дополнением 69/). Другой критерий касается ущерба для интересов другой стороны, то есть ущерба процедурного характера (например, нарушение нормального хода разбирательства или необоснованная задержка окончательного урегулирования спора, как он определен в первоначальных заявлениях). Вместе с тем ввиду возможности возникновения дополнительных причин, по которым может оказаться нецелесообразным разрешить какое-либо более позднее изменение, арбитражный суд может, согласно пункту 2, принять во внимание "любые иные обстоятелства".

5. Однако имеется один важный момент, в связи с которым арбитражный суд вообще не может поступать по своему усмотрению: изменение или дополнение не должно выходить за рамки арбитражного соглашения. Такое ограничение, хотя оно и не упомянуто в статье, представляется самоочевидным ввиду того факта, что юрисдикция арбитражного суда в своей основе имеет такое соглашение и определяется в рамках его.

6. Пункт 2, как указывается в нем, не является обязательным по своему характеру. Стороны могут, таким образом, отступить от него и предусмотреть, например, что в целом изменения запрещаются или разрешаются в порядке осуществления прав или же что их внесение регулируется установленными ограничениями.

Аналогичное применение положений в отношении встречного иска и встречного требования

7. Как указывалось ранее 70/, в типовом законе конкретно не упоминается встречный иск, однако любое положение, касающееся иска, применяется с соответствующими изменениями в отношении встречного иска. Так, пункт I предусматривает по аналогии, что ответчик заявляет о фактах, подтверждающих его встречный иск, о спорных вопросах и о содержании исковых требований и что он может приложить все документы, которые он считает относящимися к делу, или может сослаться на документы и другие доказательства, которые он представит в поддержку своего встречного иска. Предполагается, что аналогичная процедура применяется в отношении иска, который может быть представлен ответчиком с целью предъявления встречного требования.

8. Что касается пункта 2, то эта аналогия принимает две формы. Во-первых, это прямая аналогия с иском, то есть ответчик может изменить или дополнить свой встречный иск, если только арбитражный суд не признает нецелесообразным разрешить такое изменение по любой из причин, перечисленных в пункте 2. Во-вторых, что более важно, применение положений по аналогии связано с вопросом о том, разрешается ли ответчику "изменить или дополнить" его возражение по иску путем предъявления на более позднем этапе встречного иска или иска с целью выдвижения встречного требования. Можно отметить, что в обоих случаях применяется вышеупомянутое ограничение, касающееся сферы действия арбитражного соглашения.

* * *

Статья 24. Слушания и письменное разбирательство на основе документов

1) С учетом любого иного соглашения сторон арбитражный суд принимает решение о том, проводить ли устные соглашения или вести разбирательство на основе документов и других материалов.

2) Несмотря на положения пункта 1 настоящей статьи, арбитражный суд по просьбе одной из сторон может провести на соответствующем этапе разбирательства заседания для заслушивания показаний или для устных прений.

3) Сторонам достаточно заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании и о любом заседании арбитражного суда, проводимом в целях осмотра.

4) Все заявления, документы или другая информация, представленные одной из сторон арбитражному суду должны быть переданы другой стороне. Сторонам должны быть переданы также любые заключения экспертов или другие документы, на которых арбитражный суд может основываться при вынесении своего решения.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункт 57
A/CN.9/232, пункты 107-111, 113
A/CN.9/245, пункты 80-83
A/CN.9/246, пункты 74-80

КОММЕНТАРИЙ

Разбирательство с проведением устного слушания или без него, пункты 1 и 2

1. Пункты 1 и 2 затрагивают важный процедурный вопрос о том, будут ли проводиться устные слушания или же, что менее распространено, арбитражное разбирательство будет вестись исключительно на основе документов или материалов (то есть в виде "письменного разбирательства"). Согласно пункту 1, арбитражный суд принимает решение по этому вопросу 71/ с учетом любого иного соглашения сторон и с учетом пункта 2, который, таким образом, следует комментировать совместно с пунктом 1. В целях облегчения понимания взаимосвязи этих двух пунктов представляется целесообразным выделить три ситуации.

2. Первая ситуация имеет место в том случае, когда стороны договорились о возможности проведения устных прений или слушаний для представления доказательства по просьбе одной из сторон или даже при отсутствии такой конкретной просьбы. В этом случае, который, видимо, носит не столь распространенный характер, арбитражному суду придется соблюдать эту договоренность, хотя буквальное толкование слов "несмотря на положения пункта 1" может привести к заключению, что даже в таком случае арбитражный суд будет действовать по своему усмотрению в отношении того, выполнять ли какую-либо более позднюю просьбу одной из сторон.

3. Вторая ситуация складывается в том случае, когда стороны договорились о проведении письменного разбирательства. В этом случае, который, вероятно, еще менее распространен, чем первый, арбитражному суду придется выполнять пожелания сторон (пункт 1). Однако, если впоследствии сторона запросит о проведении слушания, согласно пункту 2, арбитражный суд полномочен не принимать во внимание первоначальную договоренность сторон и по своему усмотрению провести слушание на соответствующем этапе разбирательства 72/.В основу этой концепции заложена мысль о том,что право стороны просить о проведении слушания имеет столь большое значение, как это подчеркнуто в статье 19(3), что сторонам не следует разрешать исключать его на основе договоренности, хотя, с другой стороны, желательно предусмотреть определенную степень контроля со стороны арбитражного суда во избежание злоупотребления им в целях задержки разбирательства или создания препятствий в ходе его.

4. Третья ситуация имеет место в том случае, когда стороны не сделали какой-либо оговорки о способе ведения разбирательства. В этом случае, который носит, пожалуй, наиболее распространенный из всех ситуаций характер, арбитражный суд будет иметь возможность согласно пункту 1 по своему усмотрению принять решение о том, проводить ли устное слушание. В соответствии с пунктом 2 он сохраняет эти полномочия даже в том случае, когда сторона просит о проведении устного слушания. Данную норму, которая, пожалуй, является следствием

юридической ошибки 73/, представляется необходимым пересмотреть, поскольку она может быть признана противоречащей статье I9(3). В соответствии с существующим текстом стороне предоставляется основное право изложить свои мнения или предъявить доказательства при проведении устного слушания без каких-либо ограничений по усмотрению арбитражного суда лишь в том случае, если это предусмотрено соглашением сторон, что, как указывалось выше, редко имеет место и не должно становиться необходимым элементом в типовом законе.

5. Что касается содержания пункта 2, то можно отметить, что формулировка "заседания для заслушивания показаний или для устных прений" намеренно выбрана в столь общей форме. Формулировка "заслушивание показаний" предназначена для охвата всех возможных видов показаний, признанных в различных правовых системах и потенциально принятых согласно статье I9(I) или (2), например, показания свидетелей, показания экспертов, перекрестный опрос таких свидетелей, показания под присягой и перекрестный опрос стороны 74/. Формулировка "устные прения" означает не только прения по существу спора, но также и по процедурным вопросам 75/.

Достаточно заблаговременное уведомление, пункт 3

6. В определенной степени пункт 3 является воплощением принципов статьи I9(3), поскольку он предусматривает, что сторонам достаточно заблаговременно направляется уведомление о проведении любого слушания или любого заседания арбитражного суда с целью осмотра товаров, другого имущества и документов. Требование об уведомлении имеет основополагающее значение, поскольку оно обеспечивает эффективное участие сторон в разбирательстве и подготовку и представление ими своего дела. Его основополагающее значение также состоит в том, что оно представляет собой условие, в основе которого лежит принцип справедливости, для продолжения разбирательства в случае непредставления документов или неявки стороны согласно статье 25(c).

7. Поскольку данное положение отражает принцип в виде обязательных требований, оно не включает каких-либо конкретных подробностей, например, того, кто в сущности должен уведомлять стороны (например, арбитражный суд, председательствующий арбитр, секретарь или арбитражное учреждение). В нем также не устанавливается какой-либо конкретный период времени ввиду наличия широкого разнообразия обстоятельств. Поскольку, таким образом, период времени может быть согласован сторонами, в том числе и любая ссылка на арбитражные нормы, такое соглашение (согласно статье I9(I)) может оказаться неэффективным по причине того, что оно не предусматривает "достаточно" заблаговременного уведомления.

Передача сообщений, пункт 4

8. Пункт 4 также в определенной степени является отражением принципов статьи I9(3), поскольку в нем предусматривается, что каждая сторона получает экземпляр любого сообщения другой стороны арбитражному суду и любого заключения экспертов или иного документа, на которых арбитражный суд может основываться при вынесении своего решения. Предполагается, что "другие документы" означают любые письменные материалы аналогичного характера, то есть характера доказательств (например, сводка погоды или бюллетень обменных курсов на определенный день).

9. В основе пункта 4 лежит обязательный принцип о необходимости предоставления обеим сторонам полного и равноправного доступа к получению информации. Он не затрагивает конкретные подробности, например, то, кто фактически должен передавать любое заявление, отчет, документ или другую информацию стороне, нуждающейся в получении информации. Предполагается, однако, что в случаях, отраженных в первом предложении пункта 4, арбитражный суд (или административный орган) обязан либо обеспечить направление одной стороной экземпляра соответствующей документации другой стороне, либо самостоятельно передать заявление или документ одной стороны другой стороне.

* * *

Статья 25. Непредставление документов или неявка стороны

Если стороны не договорились об ином, то в тех случаях, когда без указания уважительной причины,

а) истец не представляет свое исковое заявление в соответствии с пунктом I статьи 23, арбитражное разбирательство прекращается;

b) ответчик не представляет своих возражений по иску в соответствии с пунктом I статьи 23, арбитражный суд продолжает разбирательство, не рассматривая такое непредставление как признание притязаний истца;

c) любая сторона не является на слушание или не представляет документальные доказательства, арбитражный суд может продолжить разбирательство и может вынести решение на основе имеющихся у него доказательств.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункт 71
A/CN.9/232, пункты 124-131
A/CN.9/245, пункт 86
A/CN.9/246, пункты 81-84

КОММЕНТАРИЙ

1. Статья 25 касается тех случаев, когда сторона, в частности ответчик, не выполняет свои функции в ходе разбирательства вопреки ранее принятым им на себя обязательствам в отношении арбитража. В положении, которое не носит обязательного характера, изложены последствия такого невыполнения и тем самым обеспечивается эффективность соглашения сторон.

2. Статья 25 будет особенно полезна для обеспечения желательного соглашения национальных законов об арбитраже ввиду того обстоятельства, что некоторые существующие законодательства не признают решений ex parte. Безусловно, не только эти государства будут возражать против признания такого решения, если их не убедить в выполнении основополагающих условий обеспечения справедливости. Поэтому в типовой закон в качестве процессуальных гарантий включены условия в отношении того, что сторона, не представившая документы или не явившаяся на разбирательство, достаточно заблаговременно получила соответствующую просьбу или уведомление и что она не выполнила свои обязательства без указания уважительной причины для этого.

3. Такие процессуальные гарантии представляют особо важное значение в случаях, рассматриваемых в статье 25(b) и (c), когда арбитражный суд уполномочен продолжить арбитражное разбирательство и вынести решение. Однако в целью обеспечения полноты охвата статья 25 включает также случай, когда сторона начинает арбитражное разбирательство, но впоследствии не передает свое исковое заявление (статья 25(a)); в таком случае арбитражное разбирательство прекращается.

4. Что касается случая непредставления ответчиком своего возражения по иску, то в статье 25(b) предусматривается, что арбитражное разбирательство не может быть прекращено в результате этого. Она обязывает арбитражный суд продолжить разбирательство, "не рассматривая такое непредставление как признание притязаний истца". Эта норма, касающаяся оценки факта непредставления ответчиком возражения по иску, признается полезной ввиду того, что во многих национальных законах о гражданском делопроизводстве непредставление ответчиком документов в ходе судебного разбирательства рассматривается как признание притязаний истца. Однако это не означает, что арбитражный трибунал не сможет по своему усмотрению расценить такое непредставление и будет обязан считать его как полное отрицание иска и всех поддерживающих его обстоятельств.

5. Что касается неявки стороны на слушание или непредставления ее документальных доказательств, то статья 25(c) предусматривает, что арбитражный суд полномочен продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств. На практике это означает полномочие не принимать или не рассматривать любые документальные доказательства, предъявленные этой стороной по истечении конкретного срока, предусмотренного для представления таких доказательств. Кроме того, арбитражный суд может сделать заключение из факта непредставления стороной каких-либо доказательств в соответствии с полученной просьбой. Хотя в самом положении не говорится об этом, "неявка на слушание" предполагает, что сторона достаточно заблаговременно получила уведомление (статья 24(3)), а "непредставление документальных доказательств" предполагает, что сторона получила соответствующую просьбу сделать это в течение установленного срока, который был достаточным в соответствии с основополагающими принципами статьи 19(3).

* * *

Статья 26. Эксперт, назначенный арбитражным судом

1) Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд

a) может назначить одного или нескольких экспертов для представления ему доклада по конкретным вопросам, которые определяются арбитражным судом;

b) может потребовать со стороны предоставления эксперту любой относящейся к делу информации или предъявления для осмотра или предоставления возможности осмотра любых относящихся к делу документов, товаров или другого имущества.

2) При отсутствии иной договоренности сторон, если сторона направляет соответствующую просьбу или если арбитражный суд признает такую необходимость, эксперт после представления своего письменного или устного заключения принимает участие в слушании, на котором сторонам предоставляется возможность задавать ему вопросы и представлять свидетелей-экспертов для дачи показаний по спорным вопросам.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 63-64
A/CN.9/232, пункты 105, 114-118
A/CN.9/245, пункты 80-81, 84-85
A/CN.9/246, пункты 85-89

КОММЕНТАРИЙ

1. В статье 26 говорится об экспертах, назначенных арбитражным судом; она не касается свидетелей-экспертов, которых может представить сторона. В пункте 1 арбитражному суду предоставляется косвенное право, то есть без специального разрешения сторон, назначить одного или более экспертов для представления ему доклада по конкретным вопросам и потребовать от стороны сотрудничать с экспертом определенным образом.

2. Поскольку положение не носит обязательного характера, стороны могут исключить такое право. Это будет означать, что арбитражный суд будет вынужден принять решение по спору без получения необходимой помощи специалистов, которых у него нет. Хотя при таких условиях не всякий согласится выступать в качестве арбитра, вариант пункта 1 был принят в знак признания особого значения самостоятельности сторон (и важных практических соображений относительно того, что стороны наилучшим образом осведомлены, при помощи каких средств следует разрешить их спор, что именно они обеспечивают оплату любого эксперта и что они достаточно благоразумны не ставить своих арбитров перед дилеммой, описанной выше). По этой же причине стороны могут исключить такое право в любой момент в течение разбирательства, а не только до назначения первого арбитра, как предлагалось в первоначальном варианте формулировки 76/.

3. В статье 26, как и в большинстве положений типового закона, касающихся ведения арбитражного разбирательства, содержится констатация принципа без указания всех подробностей, как это зачастую имеет место в арбитражных нормах. Пункт 2 не является исключением,поскольку он гарантирует основополагающее процессуальное право, которое является другим конкретным воплощением принципов, изложенных в статье 19(3). Сторонам предоставляется возможность задавать эксперту вопросы после представления им своего письменного или устного заключения и представлять свидетелей-экспертов для дачи показаний по спорным вопросам.Такая возможность может использоваться при слушании, которое арбитражный суд должен провести в случае поступления соответствующей просьбы одной из сторон или проведения которого арбитражный суд может потребовать самостоятельно, если сочтет нужным.

* * *

Статья 27. Содействие суда в получении доказательств

1) При арбитражном разбирательстве, проходящем в данном государстве или в соответствии с данным правом, арбитражный суд или сторона с согласия арбитражного суда может обратиться к компетентному суду этого государства с просьбой о содействии в получении доказательств. В просьбе указываются:

a) имена и адреса сторон и арбитров;

b) общий характер спора и содержание исковых требований;

c) доказательства, которые должны быть получены, в частности,

i) имя и адрес любого лица, которое необходимо заслушать в качестве свидетеля или свидетеля-эксперта, с уточнением предмета его показаний;

ii) описание любого документа, который должен быть представлен, или имущества, подлежащего осмотру.

2) Суд может в пределах своей компетенции и в соответствии со своими правилами получения доказательств, выполнить просьбу либо путем самостоятельного сбора доказательств, либо распорядившись о представлении доказательств непосредственно в арбитражный суд.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 6I-62
A/CN.9/233, пункты 3I-37
A/CN.9/245, пункты 37-46
A/CN.9/246, пункты 90-I0I

КОММЕНТАРИЙ

Цель положения

I. В статье 27 содержится призыв к судам оказывать содействие в получении доказательств, в частности, путем сбора сведений о свидетеле, предъявления документа или обеспечения доступа к имуществу, подлежащему осмотру. Хотя на практике такое содействие используется редко и в ряде случаев с целью затянуть разбирательство, тем не менее, учитывая,что сам арбитражный суд не облечен полномочиями принуждения в соответствии с типовым законом или большинством действующих законодательств, такое содействие считается целесообразным 77/.

2. Действие статьи 27 выходит за рамки арбитражного разбирательства, поскольку она не ограничивается вопросами допустимости или механики обращения к суду с просьбой о содействии. Такая просьба подразумевает, что при определенных обстоятельствах национальным законодательством предусматривается оказание содействия со стороны судов. Статья 27 направлена, например, на изменение национального законодательства, в соответствии с которым предусматривается оказание судом содействия только другим судам, но не арбитражным судам, однако без вмешательства во внутригосударственные нормы гражданского судопроизводства, касающиеся получения доказательств и организации судебной системы, включая компетенцию судов.

Территориальная сфера применения положения

3. В ходе проведения арбитражного разбирательства "в данном государстве или в соответствии с данным правом" предусматривается содействие судов государства, принимающего типовой закон (пункт I). Высказывается предположение о возможности сохранения такой двойной оценки в случае, если Комиссия разрешит сторонам проявлять самостоятельность в отношении применимого процессуального права 78/. В этом случае критерий "в данном государстве" распространялся бы на арбитражные разбирательства, проводимые в соответствии с законодательством, выходящим за рамки типового закона, а критерий "в соответствии с данным правом" распространялся бы на арбитражные разбирательства, проводимые в любом другом месте в соответствии с законом "данного государства". Однако представляется целесообразным применять только общий критерий, который, возможно, Комиссия пожелает принять в отношении применимости типового закона, и в этом случае, возможно, отпадет необходимость отразить территориальную сферу применения в статье 27.

4. По сравнению с этим вопросом,касающимся деталей, более важным представляется заявление о том, что в статье 27 речь идет в основном об арбитражных разбирательствах, проводимых в "данном государстве"; в отличие от предыдущего проекта текста в статье не предусматривается ни оказание содействия иностранным арбитражным судам, ни обращение с просьбами к иностранным судам о содействии при проведении арбитражных разбирательств в соответствии с типовым законом 79/. Это ограничение сферы применения является результатом компромисса между сторонниками использования помощи международного суда и противниками любого положения, предусматривающего содействие суда 80/.

Просьба об оказании содействия, пункт I, и ее выполнение, пункт 2

5. В соответствии с пунктом I содействие оказывается "компетентным судом", который не обязательно должен назначаться в соответствии со статьей 6, поскольку компетентность такого суда может, например, основываться на сведениях о месте проживания свидетеля, которого необходимо заслушать, или о местонахождении имущества, подлежащего осмотру. С просьбой к суду об оказании содействия может обратиться арбитражный суд или одна из сторон с одобрения арбитражного суда. Хотя получение доказательства может рассматриваться в качестве вопроса, относящегося к компетенции сторон, участие арбитражного суда лишит стороны возможности прибегнуть к тактике проволочек. В пункте I, не уточняя подробностей относительно формы или процедуры перечисляются сведения, которые необходимо указать в просьбе.

6, В пункте 2 говорится о выполнении ранее упоминавшейся просьбы, подразумевающей оказание судом содействия без нарушения установленных внутригосударственных норм в отношении компетенции суда и организации судопроизводства (см. пункт 2, выше). Суд может в пределах своей компетенции и в соответствии со своими правилами получения доказательств выполнить эту просьбу любым из следующих способов: суд может самостоятельно собрать доказательства (например, заслушать свидетеля, получить документ или доступ к имуществу и, в случае отсутствия арбитров и сторон, сообщить полученные результаты арбитражному суду) или же суд может распорядиться о предоставлении доказательств непосредственно в арбитражный суд, и в этом случае участие суда будет ограничено принудительными мерами.

* * *

ГЛАВА VI. ВЫНЕСЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Статья 28. Нормы, применимые к существу спора

I) Арбитражный суд выносит решение по спору в соответствии с такими нормами права, которые выбраны сторонами как подлежащие применению к существу спора. Если нет иного указания, любое обозначение права или системы права какого-либо государства считается относящимся непосредственно к материальному праву такого государства, а не к его коллизионным нормам.

2) Если стороны не указали на применимое право, арбитражный суд применяет материальное право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

3) Арбитражный суд применяет решение ex aequo et bono или в качестве дружеского посредника лишь в том случае, когда стороны прямо уполномочили его на это.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 84-94
A/CN.9/232, пункты I58-I70
A/CN.9/245, пункты 93-I00
A/CN.9/246, пункты I02-I04

КОММЕНТАРИЙ

I. В статье 28 рассматривается вопрос о том, какое право или нормы следует применять арбитражному суду в отношении существа спора. Этот вопрос, который следует отличать от вопроса о том, какое право применяется к арбитражному разбирательству или арбитражному соглашению, нередко рассматривается в конвенциях и национальных законодательствах по частному международному праву или коллизионному праву. Однако этот вопрос иногда учитывается в национальных законодательствах по арбитражу и весьма часто в арбитражных конвенциях и арбитражных нормах.

2. Типовой закон придерживается наиболее распространенной практики, принятой в конвенциях и нормах, с целью предоставления руководящих указаний по этому важному пункту и удовлетворения потребностей международного торгового арбитража. Он придерживается такой же политики, как и в отношении процедурных вопросов, предоставляя сторонам полную самостоятельность в решении вопроса (включая выбор "дружеского посредника"), а в случае отсутствия договоренности - передавая на усмотрение арбитражного суда решение этого вопроса.

Свобода стороны выбирать "нормы права", применимые к существу спора, пункт I

3. Положение пункта I о том, что решение по спору выносится в соответствии с такими нормами права, которые выбраны сторонами, примечательно в двух отношениях. Во-первых, в этом положении признается или гарантируется как таковая самостоятельность сторон, которая в настоящее время получила широкое, но пока еще не единодушное признание. Текст пункта I статьи 28 мог бы содействовать более широкому признанию этого положения на мировом уровне и преодолению действующих ограничений, как,например, значительной степени зависимости от страны, право которой выбрано.

4. Во-вторых, в положении говорится о свободе выбора "норм права", а не просто о "праве", что можно рассматривать в качестве ссылки на правовую систему лишь одного конкретного государства. Такой подход открывает перед сторонами широкие возможности выбора, и они, например, могут определить в качестве применимых к конкретному случаю нормы нескольких правовых систем, в том числе нормы права, которые были разработаны на международном уровне 81/. Принятие этой формулы (в качестве примера можно назвать Вашингтонскую конвенцию I965 года (статья 42) и последние международные арбитражные законодательства Франции (статья I496 нового ГПК) и Джибути (Статья I2)) рассматривается в качестве прогрессивного шага, направленного на удовлетворение потребностей и интересов участников международных торговых сделок. Полезная норма, касающаяся толкования, добавлена для случаев, когда стороны определяют право или правовую систему конкретного государства.

Определение материального права арбитражным судом, пункт 2

5. В пункте 2 нашел отражение более осторожный подход, поскольку в нем не предусматривается (что соответствовало бы тексту пункта I) применение арбитражным судом норм права, которые он сочтет необходимыми. Вместо этого в тексте пункта 2 арбитражному суду предлагается применять коллизионные нормы, в частности те, которые он считает применимыми, с целью определить право, применимое к существу спора.

6. Такое несоответствие можно считать приемлемым, учитывая, что в пункте I речь идет о сторонах, которые могут воспользоваться преимуществами более широкой сферы применения, в то время как в пункте 2 речь идет об арбитражном суде, и этот пункт применяется только в тех случаях, когда стороны не приняли решение относительно права. Между прочим, стороны могут договориться о расширении сферы решения арбитражного суда, равно как и о ее ограничении, например, путем исключения одного или нескольких конкретных национальных законов. Текст пункта 2, несомненно, должен рассматриваться самостоятельно. В этой связи представляется целесообразным отметить, что текст этого пункта полностью согласуется с Женевской конвенцией I96I года (статья VII(I)) и с широко применяемыми арбитражными нормами (статья I3(3) - нормы МТП, статья 33(I) - Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ), в которой также признается заинтересованность сторон быть в некоторой степени уверенными в праве, которое выбрано арбитражным судом.

Полномочия действовать в качестве "дружеского посредника", пункт 3

7. В арбитражных нормах нередко предусматривается возможность сторон уполномочивать арбитражный суд выносить решения в качестве "дружеского посредника" при условии, однако, что такое арбитражное разбирательство разрешено законом, применимым к арбитражной процедуре. Такое разрешение предоставляется на основании пункта 3 статьи 28, и, таким образом,стороны уполномочивают арбитражный суд принимать решение ex aequo et bono, как в некоторых правовых системах называется такой арбитраж, или в качестве "дружеских посредников", как он называется в других системах.

8. Хотя этот вид арбитража известен не во всех правовых системах, его включение в типовой закон представляется целесообразным по следующим причинам. Представляется разумным использовать характеристики и практику арбитража, даже если этот арбитраж известен лишь определенным правовым системам. Такая практика представляется обоснованной не только в силу того, что игнорирование установленной практики или даже воспрепятствование ей противоречило бы цели типового закона, но также в силу того, что она соответствует принципу уменьшения значимости места арбитража в результате признания видов арбитража, которые обычно не используются или неизвестны в этом месте. И наконец, такое признание не связано с риском для какой-либо стороны, проявившей неосмотрительность, которая незнакома с таким видом арбитража, поскольку требуется получение полномочий от сторон.

9. В типовом законе не делается попытки дать определение этому виду арбитража, который встречается в различных и зачастую неопределенных формах. Предполагается, однако, что стороны могут внести некоторую ясность, насколько они сочтут это необходимым, либо сославшись при выдаче полномочий на вид дружеского посредника, разработанный в конкретной правовой системе, либо изложив нормы или руководящие указания, и потребовать, например, справедливого и равноправного решения в рамках международного публичного порядка их двух государств.

Соответствие условий договора и торговых обычаев

10. В статье 28 конкретно не говорится о том, чтобы арбитражный суд принимал решения в соответствии с условиями договора и учитывал торговые обычаи, применимые к сделке. Однако из этого не следует, что в типовом законе игнорируется или принижается значение договора и торговых обычаев.

11. Об этом свидетельствуют различные доводы против сохранения такого положения, которые выдвигались при обсуждении в рамках Рабочей группы 82/. В отношении ссылки на условия договора было указано, например, что такая ссылка не относится к существу спора в статье о применимом праве и в ней нет необходимости в законе об арбитраже, хотя в арбитражных правилах она уместна, или же что такая ссылка может ввести в заблуждение, когда подобные условия договора противоречат императивным нормам права и не отражают подлинного намерения сторон. Что касается ссылки на торговые обычаи, то в основном трудности объясняются тем, что их юридическая сила и условия применения не во всех правовых системах одинаковы. Например, они могут являться частью применимого закона, и в этом случае они уже подпадают под действие пунктов 1 или 2 статьи 28. И наконец, трудности возникли в связи с выработкой приемлемой формулировки текста, в частности, относительно выбора формулы согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ (статья 33(3)) или Венской конвенции о купле-продаже товаров 1980 года (статья 9).

* * *

Статья 29. Вынесение решения группой арбитров

При арбитражном разбирательстве более чем одним арбитром любое решение арбитражного суда, если стороны не договорились об ином, выносится большинством всех членов арбитражного суда. Однако стороны или арбитражный суд могут уполномочить председательствующего арбитра принимать решения по процедурным вопросам.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 76-77
A/CN.9/232, пункты 136-140
A/CN.9/245, пункты 101-194
A/CN.9/246, пункты 105-108

КОММЕНТАРИЙ

1. В статье 29 рассматривается один из важных аспектов процесса вынесения решения в таких обычных случаях, когда в состав арбитражного суда входит более одного арбитра (в частности, три арбитра). Хотя в статье 29 не рассматриваются другие аспекты, касающиеся механики принятия решения, в ней принят принцип большинства при вынесении любого арбитражного решения или иного решения арбитражного суда; исключение возможно лишь для процедурных вопросов, принять решение по которым, руководствуясь принципом целесообразности и эффективности, стороны или арбитражный суд могут уполномочить председательствующего арбитра.

2. Принцип большинства по сравнению с требованием о единогласии лучше всего способствует принятию необходимых решений и окончательному урегулированию спора. Этот принцип, который применяется также в отношении подписей, необходимых при вынесении арбитражного решения (статья 31(1)) не подразумевает тем не менее необходимости участия всех арбитров в обсуждении или по крайней мере предоставления им такой возможности.

3. Поскольку статья 29 не носит обязательного характера, стороны могут выдвигать различные требования. Так, например, они могут уполномочить председательствующего арбитра, если отсутствует большинство, отдать решающий голос или принять решение как если бы он был единственным арбитром. Стороны могут также в целях принятия справедливых решений принять формулу, в соответствии с которой окончательное решение принимается на основе подсчета голосов арбитров "за" и "против".

* * *

Статья 30. Мировое соглашение

I) Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, то арбитражный суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон, если у него нет возражений, фиксирует урегулирование в форме арбитражного решения на согласованных условиях.

2) Арбитражное решение на согласованных условиях должно быть вынесено в соответствии с положениями статьи 3I и содержать указание на то, что оно является арбитражным решением. Такое арбитражное решение имеет то же действие и подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 95-97
A/CN.9/232, пункты I7I-I76
A/CN.9/245, пункты I05-I07
A/CN.9/246, пункты I09-II0

КОММЕНТАРИЙ

I. В статье 30 рассматриваются случаи, которые, к счастью, не так уж редки, когда стороны сами достигают соглашения об урегулировании спора в ходе арбитражного разбирательства. Для приведения в силу достигнутого соглашения в соответствии почти со всеми правовыми системами необходимо зафиксировать урегулирование в форме арбитражного решения.

2. Такое решение выносится арбитражным судом на согласованных условиях на основании требования сторон и если арбитражный суд не возражает против этого. В основе первого условия лежит мнение о том, что возможность принятия несправедливого решения уменьшается, когда с такой просьбой обращаются обе стороны, а не одна, которая может преследовать личные интересы, поскольку соглашение об урегулировании может носить двусмысленный характер или же может быть принято на условиях, которые не представляются ясными арбитражному суду. В основе второго условия лежит мнение о том, что арбитражный суд, хотя он обычно дает согласие на такую просьбу, не следует принуждать поступать таким образом во всех обстоятельствах (например, в случае предполагаемого обмана, незаконных или явно несправедливых условий урегулирования).

3. В соответствии с пунктом 2 арбитражное решение, принятое на основе согласованных условий, рассматривается, как и любые другие арбитражные решения по существу дела, не только в отношении его формы и содержания (статья 3I), но и в отношении его статуса и юридической силы.

* * *

Статья 3I. Форма и содержание арбитражного решения

I) Арбитражное решение должно быть вынесено в письменной форме и подписано арбитром или арбитрами. При арбитражном разбирательстве более чем одним арбитром достаточно наличия подписей большинства всех членов арбитражного суда при условии указания причины отсутствия других подписей.

2) В арбитражном решении должны указываться мотивы его вынесения, за исключением тех случаев, когда стороны договорились о том, что мотивы не должны указываться и когда арбитражное решение является решением на согласованных условиях в соответствии со статьей 30.

3) В арбитражном решении должна быть указана дата его вынесения и место арбитража, как оно определено в соответствии с пунктом I статьи 20. Арбитражное решение считается вынесенным в этом месте.

4) После вынесения арбитражного решения каждой стороне должна быть передана его копия, подписанная арбитрами в соответствии с пунктом I настоящей статьи.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты 78-80, I00-I02, I05
A/CN.9/232, пункты I4I-I45, I84-I86
A/CN.9/245, пункты I08-II6
A/CN.9/246, пункты III-II2

КОММЕНТАРИЙ

Арбитражное решение должно быть вынесено в письменной форме и подписано, пункт I

I. Для обеспечения достоверности арбитражное решение должно быть вынесено в письменной форме и подписано арбитром или арбитрами. Однако, согласно положению о принятии решения группой арбитров (статья 29) 83/, достаточно наличия подписей большинства членов арбитражного суда при условии указания причины отсутствующей подписи.

2. Такое условие, несомненно, подходит для тех случаев, когда после окончательного оформления арбитражного решения арбитр умер или физически не может поставить подпись или с ним невозможно связаться. Однако в тех случаях, когда арбитр отказывается поставить подпись, это условие могут обжаловать лица, которые решительно выступают против предания гласности информации о том, было ли арбитражное решение принято единодушно или же арбитр принял другое решение. С другой стороны, существуют лица, которые, ссылаясь на свои правовые системы и практику, изъявляют даже желание включить в типовой закон положение, обязывающее арбитра, несогласного с решением, изложить свое мнение. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости сохранения в этом условии требования об указании причин отсутствия подписи и о целесообразности отдельного рассмотрения в рамках типового закона вопроса о различных мнениях, например в целом разрешить или запретить их публикацию. В настоящее время считается, что этот вопрос относится к пунктам I или 2 статьи I9 как вопрос, касающийся определения правил процедуры.

Указание мотивов, пункт 2

3. Практика указания мотивов, на основании которых принято арбитражное решение, в равной степени распространена в определенных правовых системах и различается в зависимости от вида или системы арбитража. В пункте 2 с целью согласования таких различных подходов принято решение, в соответствии с которым необходимо указывать мотивы вынесения решения и которое позволяет сторонам отклонить это требование. Обычно с особой ясностью подчеркивается договоренность не указывать причины, в том числе ссылку на арбитражные нормы, содержащие такой отказ, однако такая договоренность может также подразумеваться, например, когда спор представляется на рассмотрение действующей арбитражной системы, в которой, как известно, не рассматриваются указанные мотивы. Аналогичный подход применим к промежуточному решению, принятому в некоторых системах, как, например, к решению указывать мотивы в отдельном и конфиденциальном документе.

Дата и место вынесения арбитражного решения, пункт 3

4. Вопрос о дате и месте вынесения арбитражного решения имеет большое значение во многих отношениях, в частности в том, что касается последствий арбитражного разбирательства в контексте признания и приведения в исполнение и любого возможного обжалования такого решения. Поэтому в пункте 3 предусматривается, что в арбитражном решении должны быть указаны дата его вынесения и место арбитража, которое считается местом вынесения арбитражного решения.

5. Это предположение, которое следует рассматривать как неоспоримое 84/, основано на том принципе, что арбитражное решение выносится в месте арбитража, как оно определено в соответствии с пунктом I статьи 20. Признается также, что вынесение арбитражного решения является правовым актом, который на практике не обязательно является лишь фактическим актом, а, например, осуществляется в ходе рассмотрения в различных местах посредством телефонных переговоров и переписки.

Передача арбитражного решения, пункт 4

6. В пункте 4 предусматривается, что подписанная копия арбитражного решения должна быть передана каждой стороне. Получение этой копии предусматривается, например, как "получение арбитражного решения" в соответствии с целями, изложенными в пунктах I и 3 статьи 33 и пункте 3 статьи 34, и в качестве условия, необходимого для получения признания и приведения в исполнение в соответствии с пунктом 2 статьи 35. В типовом законе не предусматривается каких-либо других административных операций, таких как подшивка, регистрация или передача на хранение арбитражного решения.

* * *

Статья 32. Прекращение разбирательства

I) Арбитражное разбирательство прекращается вынесением окончательного арбитражного решения, либо соглашением сторон, либо постановлением арбитражного суда, вынесенным в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи.

2) Арбитражный суд

a) выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства в случае отказа истца от своего требования, если только ответчик не возражает против этого и арбитражный суд не признает законный интерес ответчика в окончательном урегулировании спора;

b) может вынести постановление о прекращении разбирательства в случае, когда его продолжение по любой другой причине становится ненужным или неуместным.

3) Действие мандата арбитражного суда прекращается одновременно с прекращением арбитражного разбирательства с учетом положений статьи 33 и пункта 4 статьи 34.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/232, пункты I32-I35
A/CN.9/245, пункты 47-53, II7-II9
A/CN.9/246, пункты II3-II6

КОММЕНТАРИЙ

I. Статья 32, которая касается прекращения арбитражного разбирательства, преследует три задачи. Первая состоит в предоставлении руководящих указаний на этом заключительном, но весьма важном этапе арбитражного разбирательства. В качестве примера можно сослаться на текст подпункта (a) пункта 2, в котором ясно указывается, что отказ от требования не ведет ipso facto к прекращению арбитражного разбирательства.

2. Вторая задача состоит в том, чтобы регулировать логическое прекращение действия мандата арбитражного суда и исключения из него (пункт 3). В качестве примера можно привести случай, когда арбитры становятся functus officio, вынося арбитражное решение только в случае, если оно является "окончательным арбитражным решением", то есть решением, которое объединяет или дополняет все претензии, представленные на арбитражное разбирательство. Третья задача состоит в том, чтобы внести ясность относительно времени прекращения арбитражного разбирательства. Это положение может касаться вопросов, не связанных с самим арбитражным разбирательством, например продления действующего ограниченного периода или возможности проведения судебного разбирательства.

* * *

Статья 33. Исправление и толкование решений и дополнительные решения

I) В течение тридцати дней после получения решения, если сторонами не согласован иной срок, сторона после уведомления другой стороны может просить арбитражный суд:

a) исправить любую допущенную в решении ошибку в подсчетах, любую описку или опечатку, либо иные ошибки аналогичного характера;

b) дать толкование какого-либо конкретного пункта или части арбитражного решения.

Арбитражный суд в течение тридцати дней после получения просьбы должен внести соответствующие исправления или дать толкование. Такое толкование становится составной частью арбитражного решения.

2) Арбитражный суд может по своей инициативе исправить любые ошибки, указанные в пункте I (a) настоящей статьи в течение тридцати дней с даты вынесения решения.

3) Если стороны не договорились об ином, сторона после уведомления другой стороны может в течение тридцати дней после получения арбитражного решения просить арбитражный суд вынести дополнительное решение в отношении требований, которые были заявлены в ходе арбитражного разбирательства, однако не были отражены в решении. Если арбитражный суд сочтет такую просьбу обоснованной, он должен в течение шестидесяти дней вынести дополнительное решение.

4) Арбитражный суд в случае необходимости может продлить срок, в течение которого он должен исправить ошибки, дать толкование или вынести дополнительное решение в соответствии в пунктами I или 3 настоящей статьи.

5) Положения статьи 3I должны применяться в отношении исправления или толкования арбитражного решения или в отношении дополнительного решения.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункт 98
A/CN.9/232, пункты I77-I83
A/CN.9/245, пункты I20-I23
A/CN.9/246, пункты II7-I25

КОММЕНТАРИЙ

I. Статья 33 расширяет полномочия арбитражного суда, которые выходят уже за рамки вынесения арбитражного решения по определенным мерам разъяснения и исправления, что может помочь предотвратить продолжение споров или даже отмену разбирательства. Первая возможная мера в этом направлении состоит в исправлении судом любой ошибки в подсчетах, любой описки, опечатки или ошибки аналогичного характера либо по просьбе одной из сторон, либо по собственной инициативе. Вторая возможная мера заключается в том, что суд дает толкование какого-либо конкретного пункта или части арбитражного решения, по указанию одной из сторон, и включает такое толкование в арбитражное решение. Третьей возможной мерой является вынесение дополнительного решения по какому-либо требованию, предъявленному в ходе арбитражного разбирательства, но не отраженному в решении (например, заявленные интересы не были по ошибке отражены в вынесенном решении). Если арбитражный суд сочтет такую просьбу, не обязательно пропущенное требование, обоснованной, то он выносит дополнительное решение, независимо от того, требуется ли для этой цели дополнительное слушание дела или сбор доказательств.

2. Срок, в течение которого сторона может просить о принятии какой-либо из таких мер,составляет тридцать дней со дня получения арбитражного решения. Такой же срок,исчисляемый с момента получения просьбы,предоставляется арбитражному суду для исправления или толкования, а если принятие дополнительного арбитражного решения является более сложным и требует, как правило, большего времени, то устанавливается срок в 60 дней. Однако при определенных обстоятельствах арбитражный суд не может по объективным причинам уложиться в эти сроки. Например, для подготовки какого-либо толкования может потребоваться проведение консультаций между арбитрами, вынесение дополнительного арбитражного решения может потребовать проведения слушаний или сбора доказательств, и в любом случае другой стороне необходимо с самого начала предоставить достаточно времени для ответа на просьбу. Поэтому арбитражный суд может в случае необходимости расширить эти сроки.

* * *

ГЛАВА VII. ОБЖАЛОВАНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ

Статья 34. Заявление об отмене как исключительное средство обжалования арбитражного решения

1) Обжалование в суде вынесенного [на территории данного государства] [в соответствии с настоящим Законом] арбитражного решения может быть произведено только путем подачи заявления об отмене в соответствии с пунктами 2 и 3 настоящей статьи.

2) Арбитражное решение может быть отменено судом, указанным в статье 6, лишь в случае если:

a) сторона, делающая это заявление, представит доказательства того, что:

i) стороны в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, были по закону, применимому к ним, в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а в отсутствие такого указания - по закону этого государства; или

ii) она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра (арбитров) или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

iii) решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением; или

iv) состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступить, или, в отсутствие такого соглашения, не соответствовали настоящему Закону; или

b) суд найдет, что:

i) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этого государства; или

ii) арбитражное решение или любое содержащееся в нем решение противоречит публичному порядку этого государства,

3) Заявление об отмене не может быть сделано по истечении трех месяцев с даты, когда сторона, делающая это заявление, получила арбитражное решение или, если просьба была подана в соответствии со статьей 33, с даты вынесения арбитражным судом решения по этой просьбе.

4) После получения просьбы об отмене суд в соответствующем случае по просьбе стороны может приостановить рассмотрение просьбы об отмене на установленный им срок, с тем чтобы арбитражный суд имел возможность возобновить арбитражное разбирательство или совершить другие действия, которые, по мнению арбитражного суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/232, пункты I4-22
A/CN.9/233, пункты I78-I95
A/CN.9/245, пункты I46-I55
A/CN.9/246, пункты I26-I39

КОММЕНТАРИЙ

Исключительное средство оспаривания арбитражного решения, пункт I

I. Действующие национальные законодательства предусматривают разнообразные меры или средства, которыми может воспользоваться сторона для оспаривания арбитражного решения. Отождествляя зачастую арбитражные решения с решениями местных судов, они устанавливают различные и иногда чрезвычайно длительные сроки, а также разнообразные и иногда длинные перечни оснований для оспаривания арбитражного решения. Статья 34 призвана улучшить положение в этой области путем установления лишь одного средства обжалования (пункт I), которым можно воспользоваться в течение относительно короткого срока (пункт 3), и в силу довольно ограниченного числа оснований (пункт 2). Помимо этого, она не регулирует процедуру, а также важный вопрос о том, может ли решение суда, указанного в статье 6, быть обжаловано в другом суде, или любой другой вопрос, касающийся проведения самого рассмотрения просьбы об отмене арбитражного решения.

2. Заявление об отмене представляет собой исключительное средство обжалования арбитражного решения в суде в том смысле, что оно является единственным средством активного оспаривания арбитражного решения, то есть возбуждения судебного разбирательства с целью пересмотра дела. У стороны остается, конечно, право на возражение против арбитражного решения путем направления просьбы об отказе в признании или приведении в исполнение решения в ходе разбирательства, возбужденного другой стороной (статьи 35 и 36). Статья 34(I) не исключает, безусловно, права стороны просить о каком-либо исправлении или толковании арбитражного решения или вынесении дополнительного арбитражного решения в соответствии со статьей 33, поскольку такая просьба будет направлена в арбитражный суд, а не в обычный суд; иное положение складывается в случае возвращения дела в арбитражный суд в соответствии со статьей 34(4), что предусматривается в качестве возможной ответной меры суда на заявление об отмене арбитражного решения. Наконец, статья 34(I) не исключает возможность обжалования решения во втором арбитражном суде, в котором предусмотрено рассмотрение таких апелляций в рамках арбитражной системы (как, например, в определенных торговых сделках).

3. В статье 34 предусматривается обжалование "арбитражного решения",и при этом не указывается, какого вида постановления подлежат такому обжалованию. Члены Рабочей группы согласились с тем, что в типовом законе желательно дать определение термина "арбитражное решение", и отметили, что такое определение имеет важные последствия для целого ряда положений типового закона, особенно статей 34 и I6. Начав рассмотрение предлагаемого определения, Рабочая группа постановила не включать из-за отсутствия времени определение этого термина в типовой закон, который будет принят этой Группой, и предложить Комиссии рассмотреть данный вопрос 85/.

4. Другим вопросом, который Комиссия должна рассмотреть, является вопрос о территориальной сфере применения, о неопределенном характере которой свидетельствуют альтернативные формулировки в пункте I, заключенные в квадратные скобки. Считается, что территориальная сфера применения статьи 34 должна быть аналогичной территориальной сфере применения типового закона в целом, независимо от того, какой критерий выберет Комиссия 86/.

Основания для отмены арбитражного решения, пункт 2

5. В пункте 2 перечисляются различные основания, на которых может быть отменено арбитражное решение. Данный перечень является исчерпывающим, поскольку он препровождается словами "лишь в случае, если" и подкрепляется характером типового закона как "lex specialis" 87/.

6. В пункте 2 излагаются по существу основания, аналогичные тем, на которых может быть отказано в признании или приведении в исполнение арбитражного решения в соответствии со статьей 36(I)(или статьей V Нью-йоркской конвенции I958 года, на основе которой она в целом разработана). В целях обеспечения согласованности толкования в ней даже используются, за некоторым исключением, те же самые выражения.

7. Перечень оснований, приведенный в пункте 2, основан на двух различных соображениях об общей направленности закона, которые, однако, преследуют единую цель. Во-первых, в результате процесса широкого отбора, в ходе которого было рассмотрено большое число других оснований, предлагаемых для включения в этот перечень, основания, закрепленные в пункте 2, и только они, были расценены как приемлемые в контексте системы отмены арбитражных решений в международном торговом арбитраже.

8. Во-вторых, желательно обеспечить соответствие этих положений статье 36(I) ввиду того, что цель типового закона состоит в уменьшении влияния места проведения арбитража. Признается тот факт, что оба положения, преследующие различные цели (в одном случае - это основания для отмены решения, а в другом - для отказа в признании или приведении в исполнение), составляют часть альтернативной системы защиты, которая предоставляет стороне возможность либо оспорить арбитражное решение, либо привести основания для отказа в признании или приведении в исполнение этого решения. Признается также, что эти положения не действуют изолированно одно от другого. Влияние традиционных концепций и правил, присущих правовой системе, действующей в месте проведения арбитража, не ограничивается тем государством, в котором проводится арбитраж, а распространяется на многие другие государства в силу статьи 36(I)(a)(v) (или статьи V (I)(e) Нью-йоркской конвенции I958 года) в том плане, что арбитражное решение, которое было отменено на каких-либо основаниях, признанных компетентным судом или применимым процессуальным правом, не будет признано и приведено в исполнение за границей.

9. Ввиду нежелательных последствий, связанных с такой ситуацией, статья IX Женевской конвенции I96I года ограничивает эти международные последствия в отношении всех тех арбитражных решений, которые были отменены на иных основаниях по сравнению с перечисленными в статье V Нью-йоркской конвенции I958 года. Типовой закон идет просто на шаг дальше в развитии этой конвенции, переходя от признания и приведения в исполнение к причинам и увязывая сами основания для отмены решения с основаниями для отказа в признании или приведении в исполнение. Этот шаг имеет положительное значение в том плане, что он позволяет избежать "разделенной" или "относительной" действенности международных арбитражных решений, то есть решений, которые недействительны в стране, в которой они были приняты, но являются действительными и могут быть приведены в исполнение за границей 88/.

I0. Ввиду того, что основания, перечисленные в пункте 2, по существу аналогичны основаниям в статье V Нью-йоркской конвенции I958 года, то они всем известны и не нуждаются в подробном разъяснении; однако, тот факт, что они используются для целей отмены арбитражных решений в соответствии с типовым законом, обусловливает некоторые различия. Например, применение подпунктов (a) (i) и (iv) и, возможно, (iii) может быть ограничено в силу подразумеваемого отказа или признания, как указывается в комментариях к статье 4 (пункт 6) и статье I6 (пункты 8-9).

II. Подпункт (a) (iv) отражает приоритет императивных положений типового закона по отношению к любому соглашению сторон, которое отличается от статьи 36(I) (a) (iv), согласно, по крайней мере, господствующему толкованию соответствующего положения Нью-йоркской конвенции I958 года (статья V (I) (d)). Тот факт, что состав арбитражного суда и арбитражная процедура таким образом регулируются императивными положениями типового закона, означает, например, что этот подпункт (a) (iv) охватывает в большой мере и основания, перечисленные в подпункте (a) (ii) и взятые из Нью-йоркской конвенции I958 года, которые включают случаи нарушения статей I9(3) и 24(3), (4).

I2. Однако другое отличие является менее очевидным, поскольку оно вытекает из иных последствий отмены решения по сравнению с отказом в признании или приведении в исполнение. В соответствии с подпунктом (b) (i) арбитражное решение может быть отменено, в случае если суд найдет, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства "по закону этого государства". Такое основание является, безусловно, приемлемым для отказа в признании или приведении в исполнение в данном государстве, которое зачастую рассматривает это как часть своего публичного порядка и может ослабить его воздействие путем защиты лишь своего ordre public international, то есть своего публичного порядка в отношении международных прецедентов. Однако это же основание, используемое для отмены арбитражного решения, приобретает иной характер в силу глобальных последствий отмены арбитражного решения (статья 36(I) (a)(v) или статья V (I) (e) Нью-йоркской конвенции I958 года). Как указывалось в докладе Рабочей группы о работе ее седьмой сессии (A/CN.9/246, пункты I36-I37),

> "такие глобальные последствия должны иметь место только в случае признания, что существо спора не подлежит урегулированию путем арбитража в соответствии с применимым к этому спору законом, который необязательно является законом государства, в котором рассматривается просьба об отмене арбитражного решения. Поэтому было предложено исключить положение пункта 2 (b) (i). В результате такого исключения, получившего значительную поддержку, контроль суда в соответствии со статьей 34 будет ограничиваться теми случаями, когда неподсудность арбитражу определенного объекта спора подпадает под понятие публичного порядка этого государства (пункт 2(b) (ii)) или когда суд рассматривает вопрос подсудности арбитражу в качестве элемента действительности арбитражного соглашения

(пункт 2 (a) (i)), хотя некоторые сторонники этого предложения выступали за установление еще больших последствий исключения неподсудности арбитражу из числа оснований для отмены решений. Согласно другому предложению, в пункте 2 (b) (i) просто следует исключить ссылку на "закон этого государства" и, таким образом, оставить вопрос о праве, применимом к определению подсудности арбитражу, открытым. При обсуждении этих предложений Рабочая группа согласилась с тем, что поднятые вопросы имеют большую практическую важность и ввиду их сложного характера требуют дальнейшего изучения. После обсуждения Рабочая группа решила сохранить на настоящий момент положение пункта 2 (b) (i) в нынешнем виде, с тем чтобы предложить Комиссии еще раз рассмотреть этот вопрос и в свете комментариев правительств и организаций вынести решение о том, является ли нынешняя формулировка надлежащей или это положение следует изменить или исключить".

"Возвращение дела" в арбитражный суд, пункт 4

I3. В пункте 4 предусматривается процедура, аналогичная институту "возвращения дела", который известен в большинстве судебных систем общего права, хотя и в различной форме. Хотя эта процедура известна не во всех правовых системах, она будет полезна в том плане, что позволяет арбитражному суду устранить определенные недостатки и тем самым недопустить отмену судом арбитражного решения.

I4. В отличие от некоторых судебных систем общего права эта процедура не является каким-то отдельным средством, а входит в систему рассмотрения просьб об отмене арбитражного решения. Суд в случае необходимости и по просьбе стороны может предложить арбитражному суду, чем подтверждаются его постоянные полномочия, принять соответствующие меры по устранению некоторых поддающихся исправлению недостатков, которые образуют основание для отмены решения в соответствии с пунктом 2. Лишь в том случае, если такое "возвращение дела" окажется безрезультатным по истечении установленного судом срока, в течение которого признание и приведение в исполнение может быть приостановлено в соответствии со статьей 36(2), суд может возобновить рассмотрение просьбы об отмене решения и отменить арбитражное решение.

* * *

ГЛАВА VIII. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

Статья 35. Признание и приведение в исполнение

1) Арбитражное решение, независимо от страны, в которой оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного заявления приводится в исполнение с учетом положений настоящей статьи и статьи 36.

2) Сторона, ссылающаяся на арбитражное решение или подающая заявление о его исполнении, представляет должным образом удостоверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового, а также подлинное арбитражное соглашение, указанное в статье 7, или должным образом заверенную копию такового. Если арбитражное решение или соглашение изложено не на официальном языке этого государства, то сторона должна представить должным образом заверенный перевод этих документов на такой язык*.

3) Представление, регистрация или сдача на хранение арбитражного решения в суд страны, в которой было принято это решение, не являются предварительным условием для этого признания или приведения в исполнение в этом государстве.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункты I03-I04, I09
A/CN.9/232, пункты I9-2I, I87-I89
A/CN.9/233, пункты I2I-I75
A/CN.9/246, Пункты I40-I48

---

* Условия, изложенные в настоящем пункте, имеют целью установить максимальные требования. Таким образом, сохранение государством даже и менее обременительных условий не будет противоречить цели согласования, которого предполагается достичь через типовой закон.

КОММЕНТАРИЙ

Целесообразность включения положений о признании и приведении в исполнение арбитражных решений, независимо от того, где они были вынесены

1. Глава о признании и приведении в исполнение арбитражных решений разработана в результате широкого обсуждения основных вопросов принципиального характера, в частности вопроса о том, должен ли типовой закон содержать положения о признании и приведении в исполнение внутренних и иностранных арбитражных решений и, если так, должны ли эти две категории арбитражных решений рассматриваться единообразно и насколько близко любые положения о признании и приведении в исполнение должны соответствовать аналогичным статьям Нью-йоркской конвенции 1958 года. Как видно из статьи 35 и связанной с ней статьи 36, в отношении этих основных вопросов принципиального характера большинство высказалось за то, что типовой закон должен содержать единообразные положения о признании и приведении в исполнение всех арбитражных решений, независимо от того, в какой стране они были вынесены, и полностью соответствовать Нью-йоркской конвенции 1958 года.

2. Ниже кратко излагаются основные доводы: ввиду того, что иностранные арбитражные решения должным образом регулируются в Нью-йоркской конвенции 1958 года, к которой присоединилось большое число государств, и многие с оговоркой о взаимности, и которая открыта для всех государств, готовых признать ее расширительные положения, типовой закон будет неполным, если не будет содержать столь же расширительного комплекса норм, полностью соответствующих Нью-йоркской конвенции 1958 года, включая ее гарантии, содержащиеся в статье V, и не наносящих ущерба ее значению и применению, в целях установления дополнительной системы признания и приведения в исполнение арбитражных решений, не охватываемых какими-либо многосторонними или двусторонними договорами. Хотя внутренние арбитражные решения нередко регулируются национальными законодательствами при таких же благоприятных условиях, что и решения местных судов, разнообразие национальных законов не способствует облегчению международного торгового арбитража, и поэтому цель типового закона должна состоять в унификации внутреннего режима во всех правовых системах без установления ограничительных условий.

3. Кроме всего прочего, эти положения о признании и приведении в исполнение могли бы в значительной степени содействовать обеспечению единообразного режима для всех арбитражных решений в международном торговом арбитраже, независимо от того, в какой стране они были вынесены. Проведение различия между такими "международными" арбитражными решениями и "немеждународными" арбитражными решениями, то есть подлинно внутренними решениями (вместо разграничения иностранных и внутренних арбитражных решений по территориальному принципу) способствовало бы достижению основной цели ослабления значения местопроведения арбитража и тем самым расширению возможностей выбора и усилению действенности международного торгового арбитража. Эта концепция единообразного режима для всех международных арбитражных решений является основным и решающим основанием, которое какое-либо государство может пожелать принять во внимание при рассмотрении вопроса о приемлемости этой главы типового закона.

Признание арбитражного решения и заявление о приведении его в исполнение, пункт 1

4. В статье 35 проводится правильное разграничение между признанием и приведением в исполнение в том смысле, что в ней учитывается, что признание не только является необходимым условием приведения решения в исполнение, но и может быть самостоятельным институтом, например, в случае, когда на арбитражное решение ссылаются в других судебных разбирательствах. Согласно пункту 1 арбитражное решение признается обязательным, что означает, хотя это и не прямо выражено, что оно является обязательным для сторон с момента вынесения арбитражного решения 89/. Арбитражное решение приводится в исполнение после направления "компетентному суду" письменного заявления 90/. Как признание, так и приведение в исполнение осуществляются с учетом положений статьи 36 и условий, установленных в пункте 2 статьи 35.

Условия признания и приведения в исполнение, пункт 2

5. В пункте 2, который составлен на основе статьи IV Нью-йоркской конвенции 1958 года, устанавливается не процедура, а лишь условия для признания и приведения в исполнение. Сторона, которая ссылается на арбитражное решение или просит о приведении его в исполнение, представляет на официальном языке государства такое арбитражное решение и его учредительный документ, то есть арбитражное соглашение 91/. Согласно сноске в конце текста эти условия имеют целью установить максимальные требования; таким образом, государство может сохранять даже менее обременительные условия.

Необязательность представления, регистрации или сдачи на хранение, пункт 3

6. Типовой закон, который сам не требует представления, регистрации или сдачи на хранение арбитражных решений, вынесенных в соответствии с его режимом (статья 31), не требует аналогичных действий и в отношении иностранных арбитражных решений, признание или приведение в исполнение которых испрашивается в рамках его режима, что соответствует концепции Нью-йоркской конвенции 1958 года, заключающейся в отмене "двойной экзекватуры".

* * *

Статья 36. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение

1) В признании или приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано лишь:

a) по просьбе стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентному суду, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, доказательство того, что:

i) стороны в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны, или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а в отсутствие такого указания, по закону страны, где решение было вынесено; или

ii) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра (арбитров) или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

iii) решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то та часть арбитражного решения, в которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, может быть признана и приведена в исполнение; или

iv) состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж; или

v) решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено или приостановлено судом страны, в которой или в соответствии с законом которой оно было вынесено; или

b) если суд найдет, что:

i) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этого государства; или

ii) признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку этого государства.

2) Если заявление об отмене или приостановлении исполнения арбитражного решения подано в суд, указанный в подпункте (a) (v) пункта 1 настоящей статьи, то суд, в который подана просьба о признании или приведении в исполнение, может, если найдет целесообразным, отложить вынесение своего решения и может также по ходатайству той стороны, которая просит о признании или приведении в исполнение арбитражного решения, обязать другую сторону представить надлежащее обеспечение.

СПРАВОЧНЫЕ МАТЕРИАЛЫ

A/CN.9/216, пункт 109
A/CN.9/232, пункты 19-20
A/CN.9/233, пункты 133-177
A/CN.9/245, пункты 137-145
A/CN.9/246, пункты 149-155

КОММЕНТАРИЙ

Основания для отказа в признании или приведении в исполнение "международных" арбитражных решений, пункт 1

1. С учетом основных соображений принципиального характера, указанных выше 92/, в статье 36(1) практически дословно приводятся хорошо известные основания, закрепленные в статье V Нью-йоркской конвенции 1958 года, и указывается, что они применимы для отказа в признании или приведении в исполнение всех арбитражных решений независимо от того, в какой стране они были вынесены. Таким образом, это положение, как и статья 35, охватывает иностранные, а также внутренние арбитражные решения при условии, что они вынесены в "международном торговом арбитраже", указанном в статье 1, и, конечно, подчиняются любому многостороннему или двустороннему договору, стороной которого является государство, обеспечивающее приведение решения в исполнение.

2. Что касается иностранных арбитражных решений, то, безусловно, желательна полная согласованность этих положений со статьей V. Указывалось даже, что взятые из нее основания обеспечивают достаточные гарантии для государства, осуществляющего приведение решения в исполнение, в результате чего ограничение признания и приведения в исполнение оговоркой о взаимности станет необязательным. Было также высказано мнение о том, что типовой закон о международном торговом арбитраже не должен поощрять использование таких территориальных ограничений и что технически сложно, хотя и возможно, разработать действенный механизм в таком "одностороннем" тексте, как типовой закон. Тем не менее, типовой закон не препятствует применению государством механизма взаимности, но в этом случае в национальном законодательстве следует указать основание или связующий фактор, а также применяемый метод.

3. Перечень оснований является, по-видимому, приемлемым и в отношении внутренних арбитражных решений, хотя их соответствие основаниям для отмены арбитражного решения обусловливает возможность появления того, что упоминалось как нежелательный "двойной контроль", то есть два повода для судебного пересмотра дела на аналогичных основаниях. Это должно быть допустимым результатом установления единообразного режима в отношении всех арбитражных решений, в основе которого лежит главная цель - уменьшить значение места проведения арбитража. С учетом того, что цели и последствия отмены арбитражного решения и представления оснований для отказа в признании или приведении в исполнение могут быть самыми различными, сторона должна быть свободна в выборе альтернативной системы защиты (например, признаваемой в Нью-йоркской конвенции 1958 года) и в тех случаях, когда признание или приведение в исполнение испрашивается в государстве, в котором имел место арбитраж. Что касается потенциального риска проведения двойного разбирательства на одних и тех же основаниях, то, как отмечается, эта проблема по существу разрешается в пункте 2 (см. пункт 5, ниже).

4. Основания, перечисленные в пункте 1, применимы как к иностранным, так и к внутренним арбитражным решениям, и этот факт необходимо принимать во внимание при толковании текста, который в значительной степени составлен на основе статьи, применимой лишь к иностранным арбитражным решениям (статья V Нью-йоркской конвенции 1958 года). Например, ссылки на закон "страны, где решение было вынесено" (подпункт (a) (i)), или закон "той страны, где имел место арбитраж" (подпункт (a) (iv)), или суд "страны, в которой и в соответствии с законом которой оно было вынесено" (подпункт (a) (v)) могут относиться либо к иностранному закону, который, возможно, и не был составлен на основе типового закона, либо к типовому закону "этого государства". В последнем случае, то есть при внутреннем решении следует учитывать характер тех соображений, которые приводились в отношении оснований для отмены решения, например ограничительное значение подразумеваемого отказа или признания (статьи 4 и 16(2)) на основаниях, указанных в подпунктах (a) (i) и (iv) пункта 1 93/.

Приостановление признания или приведения в исполнение, пункт 2

5. Пункт 2 составлен на основе статьи VI Нью-йоркской конвенции 1958 года. В соответствии с более широкой сферой охвата типового закона он применим не только к иностранным, но и к внутренним арбитражным решениям, выносимым в международном торговом арбитраже. Таким образом, он может быть использован для того, чтобы избежать одновременного судебного пересмотра решения на идентичных основаниях и принятия возможных противоречивых решений в тех случаях, когда риск этого уже на исключен тем фактом, что один и тот же суд занимается рассмотрением заявления об отмене решения и заявления другой стороны о приведении его в исполнение.

* * *

1/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее четырнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 17 (A,36/17), пункт 70.

2/ Там же, пункт 65.

3/ A/CN.9/216.

4/ A/CN.9/232.

5/ A/CN.9/233 и A/CN.9/245.

6/ A/CN.9/246.

7/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 17. (A/39/17), пункт 101.

8/ Там же, пункт 100.

9/ Там же, пункт 101.

10/ Во избежание путаницы не даются ссылки на предыдущие порядковые номера статей, которые в ходе работы были дважды изменены. Однако предыдущие номера упоминаются в соответствующих разделах доклада о работе сессии или могут быть прослежены по сравнительным таблицам номеров статьей, содержащимся в документах A/CN.9/WG.11/WP.40 и A/CN.9/WG.11/48, которые были представлены Рабочей группе на ее пятой и седьмой сессиях.

11/ Воспроизведенные ниже проект текста типового закона и комментарий к нему являются документом, который Рабочая группа по международной договорной практике утвердила в конце своей седьмой сессии (A/CN.9/246, пункт 14 и приложение).

12/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее двенадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/34/17), пункт 81.

13/ При принятии данного типового закона государство может не пожелать сохранить выражение "данное государство" (содержащееся в статьях 1(1), 27(1), 34(1), (2), 35(2), (3) и 36(1)), но в соответствии со своей обычной юридической практикой может либо заменить его другим выражением (например, названием этого государства), либо считать эту ссылку ненужной на том основании, что это будет ясно из текста закона или его промульгации.

14/ A/CN.9/246, пункты 165-168.

15/ Там же, пункты 169-171. См. также комментарий к статье 34, пункт 4.

16/ Там же, пункты 92-97. См. также комментарий к статье 27, пункт 3.

17 / Что касается статьи 9, то следует проводить разграничение между правом стороны просить о принятии временных защитных мер и правом суда предоставить такие меры; см. комментарий к статье 9, пункты 2-3.

18/ Что касается "договорного права", которое преобладает над типовым законом, см. пункты 9-11, ниже.

19/ Еще одним из таких важных договоров является "Конвенция о решении арбитражным путем гражданских споров, возникающих в связи с экономическим и научно-техническим сотрудничеством" (Москва, 1972 год), которая, однако имеет дело главным образом с принудительным арбитражем, в то время как данный типовой закон предназначается для применения только с полного согласия сторон (см. пункт 15, ниже).

20/ См. Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по морской перевозке грузов (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.80.VII.1), часть I, Заключительный акт Конференции Организации Объединенных Наций по морской перевозке грузов (A/CONF.89/13), приложение I.

Статья 22(3), (5), (6) "Гамбургских правил" гласит:

"3. Арбитражное разбирательство по выбору лица, заявляющего требование, проводится в одном из следующих мест:

a) в каком-либо месте государства, на территории которого находится:

i) основное коммерческое предприятие ответчика или, при отсутствии такового, постоянное местожительство ответчика; или

ii) место заключения договора при условии, что ответчик имеет там коммерческое предприятие, отделение или агентство, через посредство которого был заключен договор; или

iii) порт погрузки или порт разгрузки; или

b) любое место, указанное с этой целью в арбитражной оговорке или в соглашении.

....

5. Положения пунктов 3 и 4 настоящей статьи считаются составной частью каждой арбитражной оговорки или соглашения, и любое условие такой оговорки или соглашения, не совместимое с этими положениями, не имеет никакой юридической силы.

6. Ничто в настоящей статье не затрагивает действительности соглашения об арбитраже, заключенного сторонами после возникновения требования по условиям договора о морской перевозке".

21/ A/CN.9/216, пункт 17.

22/ A/CN.9/246, пункт 158.

23/ См. Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.81.IV.3), Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (A/CONF.97/18), приложение I.

24/ В частности, в отношении подпункта (i) следует отметить, что "настоящий закон" будет применяться полностью только в том случае, если место арбитража находится в государстве X, исходя из предположения, что применяется строгий территориальный критерий. Следовательно, основная задача подпункта (i) заключается в том, чтобы охватить те случаи, когда стороны имеют коммерческие предприятия не в государстве X, а в другом государстве (при условии, что это последнее государство не запрещает этим "национальным" сторонам избирать место арбитража в иностранном государстве).

25/ В рамках этой Конвенции данный критерий служит двум целям, которые помогают сбалансировать общие последствия расширения или сужения сферы применения. Одна цель, как и в типовом законе, заключается в том, чтобы проводить различие между чисто национальными случаями и случаями международного характера; другая цель, которая чужда типовому закону, заключается в том, чтобы проводить различие между международными случаями, когда стороны имеют предприятия в договаривающихся государствах, и теми международными случаями, когда одна сторона имеет коммерческое предприятие в недоговаривающемся государстве.

26/ Комиссия может пожелать рассмотреть вопрос об уместности термина "страна", который встречается также в статьях 35(1), (3) и 36(1), и использования исключительно слова "государство", с тем чтобы обеспечить единообразие во всем тексте типового закона.

27/ Предыдущий проект статьи 3 был опущен Рабочей группой на ее седьмой сессии (A/CN.9/246, пункты I74-I77). Во избежание путаницы необходимая перенумерация статей была отложена до завершающих этапов пересмотра Комиссией данного проекта.

28/ A/CN.9/246, пункт I86.

29/ На седьмой сессии Рабочей группы была предложена менее категоричная формулировка, однако она не была принята: "Относительно вопросов, регулируемых настоящим Законом, касающихся арбитражного разбирательства или состава арбитражного суда, суды могут осуществлять функции надзора или вспомогательные функции лишь в том случае, если это предусмотрено настоящим Законом" (A/CN.9/246, пункты I83-I84).

30/ См. комментарий к статье I, пункт 8.

31/ См. комментарий к статье I8, пункт 4.

32/ A/CN.9/246, пункт 23; а также A/CN.9/245, пункт I87; сравни также A/CN.9/232, пункт 40.

33/ Что касается статьи 34, где включение положения о неподсудности предмета спора арбитражу является спорным, то см. комментарий к статье 34, пункт I2.

34/ A/CN.9/216, пункты 25, 30-3I.

35/ A/CN.9/233, пункт 66; A/CN.9/232, пункт 46.

36/ О возможной необходимости изменения пункта 2 статьи 35 с целью учета ситуации, в которой допускается несоблюдение формы, см. сноску 9I.

37/ Сравни A/CN.9/246, пункт I9.

38/ A/CN.9/246, пункт 22.

39/ Сравни A/CN.9/207, пункт I3.

40/ Сравни A/CN.9/207, пункты I7-I8.

41/ На шестой сессии Рабочей группы была выражена озабоченность в связи с тем, что будет сложно применять это положение в государствах, где гражданам отдельных других государств не разрешено выступать в качестве арбитров; в ответ было отмечено, что типовой закон, не являясь конвенцией, не исключает возможности того, что государство может закрепить свою конкретную позицию в национальном законодательстве (A/CN.9/245, пункт I93).

42/ Считается, что заключительная часть пункта 5,относящаяся к назначению единоличного или третьего арбитра, не должна носить обязательного характера (см. пункт 8, ниже).

43/ A/CN.9/233, пункт I05.

44/ См. комментарий к статье I4, пункт 4, и к статье I9, пункт 9.

45/ Имеется также общее ограничение, поскольку считается, что основополагающие принципы, изложенные в статье I9(3), распространяются на подобные процедурные соглашения. См. комментарий к статье I9, пункт 7.

46/ Сравни комментарий к статье II, пункты 3-4.

47/ Сравни A/CN.9/246, пункт 38.

48/ См. комментарий к статье 6, пункт 4.

49/ См. комментарий к статье I5, пункты I-3.

50/ Сравни A/CN.9/246, пункт 44.

51/ В случае, когда арбитр назначается сторонами, они могут, например, включить в свое арбитражное соглашение положение, устраняющее возможную опасность злоупотребления механизмом увольнения или замены, указанным в статье 15 (в частности, при его неоднократном использовании) с целью создания препятствий в ходе арбитражного разбирательства. Этот вопрос, который Рабочая группа, не отрицая его важности, решила пока не рассматривать (A/CN.9/245, пункт 19), мог бы быть решен путем включения положения, аналогичного пункту 3 статьи 56 Вашингтонской конвенции 1965 года, в котором говорилось бы, что арбитр, назначаемый сторонами, который увольняется без согласия арбитражного суда (то есть остальных двух членов), будет заменяться другим арбитром, назначаемым не сторонами, а третьим арбитром (председателем) или специальным назначающим органом.

52/ Что касается подпункта (i), ссылка на право "этого государства" носит предварительный и противоречивый характер; см. комментарий к пункту 12 статьи 34.

53/ Если Комиссия согласится с таким толкованием, она могла бы рассмотреть возможность отразить это понимание в тексте статьи 16, возможно, в совокупности с положением о последствиях и пределах отказа или представления, как это указывается в пунктах 8-10, ниже.

54/ Рабочая группа на своей семнадцатой сессии постановила опустить в конце первого предложения статьи 16(2) слова "или при встречном иске - ответа на встречный иск", при том понимании, что любые положения типового закона, касающиеся иска, будут применяться mutatis mutandis в отношении встречного иска (A/CN.9/246, пункт 196).

55/ A/CN.9/246, пункт 51.

56/ Это понимание также соответствовало бы позиции Рабочей группы относительно последствий отказа согласно статье 4, касающегося несоблюдения диспозитивного положения типового закона или оговорки арбитражного соглашения (см. комментарий к пункту 6 статьи 4).

57/ Причина, по которой в статье 16(3) упоминается только заявление об отмене, состоит в том, что основная суть этого положения касается способности возражающей стороны выступать против постановления арбитражного суда путем возбуждения судебного разбирательства для пересмотра этого постановления. В то же время Комиссия может пожелать рассмотреть целесообразность добавления с целью уточнения ссылки на процедуры признания или приведения в исполнение, которые, хотя и предлагаются другой стороной, предоставляют возражающей стороне возможность сослаться на отсутствие компетенции в качестве основания для отказа (согласно статье 36(1) (a) (i).

58/ A/CN.9/246, пункты 52-56. Текст статьи 17, охватывающей не только случай, предусмотренный в статье 16(3), а именно постановление арбитражного суда, подтверждающее свою компетенцию, имел следующее содержание:

"Статья 17. Одновременный контроль суда

1) [Несмотря на положения статьи 16,] сторона может [в любое время] просить суд, указанный в статье 6, принять решение о том, существует ли действительное арбитражное соглашение и [, если арбитражное разбирательство началось,] обладает ли арбитражный суд компетенцией [в отношении переданного ему спора].

2) До вынесения судом такого решения арбитражный суд может продолжать разбирательство [, если суд не вынесет постановления о приостановлении арбитражного разбирательства]".

59/ Можно отметить, что существующий текст статьи 16(3) не предоставляет арбитражному суду такой свободы выбора, независимо от того, будет ли постановление о компетенции классифицироваться как "арбитражное решение"; что касается желательности включения в типовой закон определения "арбитражного решения", см. комментарий к пункту 3 статьи 34.

60/ A/CN.9/245, пункты 62-64. Опущенное положение имело следующее содержание: "Постановление арбитражного суда о том, что он не обладает компетенцией, может быть оспорено любой стороной в течение 30 дней в суде, указанном в статье [6]".

61/ См. комментарий к статье 9, пункты 4-5.

62/ A/CN.9/245, пункт 72.

63/ Как было отмечено Рабочей группой, сторонам должна быть предоставлена возможность по своему усмотрению договариваться о процедуре на протяжении всего арбитражного разбирательства, как это предусмотрено в пункте I, и эта возможность не должна ограничиваться, например, периодом времени до назначения первого арбитра (A/CN.9/246, пункт 63). Существует, однако, мнение, что сами стороны могут в своем первоначальном соглашении ограничить свою свободу действий подобным образом, если они желают, чтобы их арбитры с самого начала знали, в рамках каких процедурных норм они должны действовать.

64/ Статья I6 (или любое другое положение типового закона) не регулирует вопрос о том, на какую сторону возлагается бремя доказательства, как, например, указывается в статье 24(I) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ: "Каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений".

65/ Другим примером является статья 24(2), хотя могут возникнуть некоторые сомнения относительно того, реализуется ли и отражено ли в существующем тексте данного положения в полной мере то требование, что каждая сторона должна иметь полную возможность представить свое дело (см. комментарий к статье 24, пункт 4).

66/ См. замечания о территориальной сфере применения типового закона в комментариях к статье I, пункты 4-6.

67/ Относительно того, что понимается под "получением" и когда сообщение является или считается полученным, см. статью 2(e).

68/ Статья 24(4) предусматривает, что любое заявление, представленное арбитражному суду, сообщается другой стороне.

69/ Слово "изменение" использовалось редакционной группой также в значении "дополнение".

70/ Комментарий к статье I6, пункт 5, и сноска 54.

71/ В практическом отношении "решение" не означает, что арбитражный суд должен на первоначальном этапе вынести "постановление" по этому вопросу, имеющее обязательный характер для всего разбирательства. Имеется в виду постоянное право устанавливать в свете хода разбирательства по делу необходимость проведения устного слушания или по крайней мере его желательность.

72/ В тексте, изложенном в приложении к документу A/CN.9/246, говорится о "любом" соответствующем этапе. Однако, как следует из пункта 75 этого доклада, это - типографская опечатка, он должен гласить "соответствующий этап".

73/ Из доклада Рабочей группы о работе ее седьмой сессии (A/CN.9/246, пункты 77-78) следует, что в центре обсуждения находилась вторая ситуация и что преобладающая точка зрения, согласно которой предусматривался определенный контроль со стороны арбитражного суда, по сложности распространялась и на третью ситуацию.

74/ В отношении заслушивания и опроса эксперта, назначенного арбитражным судом, см. статью 26(2).

75/ A/CN.9/245, пункт 8I.

76/ A/CN.9/246, пункт 87.

77/ Лишь в случае, когда доказательство находится в ведении или под контролем одной из сторон, арбитражный суд может оказать определенное воздействие, заявив о своем намерении прибегнуть к "санкции", о которой говорится в пункте (c) статьи 25; см. комментарий к статье 25, пункт 5.

78/ В отношении вопроса о территориальной сфере применения типового закона в целом, см. комментарий к статье I, пункты 4-6.

79/ A/CN.9/233, пункт 36; A/CN.9/245, пункты 37, 42-46; A/CN.9/246, пункты 90-9I, 95-96.

80/ В этой связи указывалось на невозможность отразить должным образом в типовом законе вопрос об оказании судом содействия иностранным арбитражным судам или вопрос о содействии иностранных судов в получении доказательств и предлагалось в качестве возможного будущего пункта, представляемого на рассмотрение Комиссии, обсудить вопрос о целесообразности разработки норм по оказанию международного судебного содействия либо в рамках специальной отдельной конвенции, либо расширив сферу применения действующей конвенции (A/CN.9/233, пункт 37; A/CN.9/246, пункты 43-44).

81/ С целью облегчения толкования термина "нормы права" и определения его границ можно сообщить, что некоторые представители высказываются за более широкое толкование или даже за более развернутую формулу, которая включала бы, например, общие правовые принципы или нормы прецедентного права, разработанные на основе арбитражных решений, однако, по мнению Рабочей группы, такое далеко идущее предложение вряд ли будет приемлемым для большинства стран, по крайней мере на нынешнем этапе (A/CN.9/245, пункт 94).

82/ A/CN.9/245, пункт 99; A/CN.9/232, пункт 164.

83/ Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости установления полного соответствия с текстом статьи 29, связав требование о необходимости наличия подписи с любой согласованной системой, за исключением решения, принятого большинством (см. комментарий к статье 29, пункт 3).

84/ A/CN.9/245, пункт 115.

85/ A/CN.9/246, пункты 129, 192-194.

86/ Общий вопрос о территориальной сфере применения типового закона, см. комментарий к статье 1, пункты 4-6.

87/ См. комментарий к статье 1, пункты 7-8.

88/ Другие последствия, упоминавшиеся в качестве потенциального риска "двойного контроля" за внутренними арбитражными решениями, см. комментарий к статье 36, пункт 3.

89/ A/CN.9/246, пункт 148. На практике сторона может ссылаться на арбитражное решение фактически лишь с момента его получения.

90/ Ссылка делается на компетентный суд, а не на суд, указанный в статье 6, поскольку типовой закон не преследует цели унификации национальных законов об организации судебной системы и, в частности потому, что компетенция судов в отношении приведения решений в исполнение, как правило, увязывается с местом проживания должника или местом нахождения собственности или активов.

91/ Что касается этого второго условия, то предлагается сделать исключение в отношении тех случаев, когда первоначальный недостаток в форме представления был устранен в результате отказа или признания, например, когда арбитражное разбирательство основывалось на устном соглашении, предложенном и не оспоренном какой-либо стороной. В таких случаях представление арбитражного решения, что подтверждает отказ или признание, должно быть достаточным.

92/ Комментарий к статье 35, пункты 1-3.

93/ Комментарий к статье 34, пункты 10-11.

II. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПЛАТЕЖИ

A. Международные оборотные документы

Доклад Рабочей группы по международным оборотным документам о работе ее тринадцатой сессии (Нью-Йорк, 7-18 января 1985 года) (A/CN.9/261) а/

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
ВВЕДЕНИЕ	1-5
ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ	6-8
ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ О МЕЖДУНАРОДНЫХ ПЕРЕВОДНЫХ И МЕЖДУНАРОДНЫХ ПРОСТЫХ ВЕКСЕЛЯХ: РАССМОТРЕНИЕ ОСНОВНЫХ СПОРНЫХ ВОПРОСОВ И РЯДА ДРУГИХ СВЯЗАННЫХ С НИМИ ВОПРОСОВ	9-67
I. Понятие держателя и защищенного держателя	9-27
A. Определение защищенного держателя	9-14
B. Возражения и притязания, которые могут быть выдвинуты против держателя (статья 25)	15-19
C. Возражения и притязания, которые могут быть выдвинуты против защищенного держателя (статья 26)	20-27
II. Подложные индоссаменты и совершение индоссамента представителем, не имеющим полномочий (статья 23)	28-48
A. Основные вопросы политики, касающейся подложных индоссаментов	28-29
B. Ответственность индоссатора на инкассо	30-33
C. Ответственность стороны или трассата, оплативших вексель	34-36
D. Лица, имеющие право на возмещение	37
E. Выводы и решения по вопросу о подложных индоссаментах (статья 23(1) и (2))	38-40
F. Совершение индоссамента представителем, не имеющим полномочий (статья 23(3))	41-48
III. Ответственность лица, передающего вексель путем простого вручения (статья 41)	49-63
A. Сохранение положения об ответственности лица, передавшего вексель путем простого вручения	50-51
B. Характер и объем ответственности	52-59
C. Распространение статьи 41 на индоссантов	60-63
IV. Определение знания (статья 5)	64-67

а/ Рассмотрение вопроса Комиссией, см. Доклад, глава III, A (часть первая, A, выше).

ВВЕДЕНИЕ

1. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на своей семнадцатой сессии (Нью-Йорк, 25 июня - 10 июля 1984 года) рассмотрела подготовленный Рабочей группой проект конвенции о международных переводных и международных простых векселях, содержащийся в документе A/CN.9/211. В отношении своей будущей деятельности Комиссия постановила, что в дальнейшем работа должна быть направлена на совершенствование проекта конвенции, и поручила эту деятельность Рабочей группе по международным оборотным документам 1/.

2. Перед Рабочей группой была поставлена задача пересмотреть проект конвенции о международных переводных и международных простых векселях в свете решений и результатов обсуждения на семнадцатой сессии Комиссии 2/, а также учесть содержащиеся в документах A/CN.9/248 и A/CN.9/249/Add.1 комментарии правительств и международных организаций, которые не обсуждались на этой сессии.

3. Рабочая группа провела свою тринадцатую сессию в Центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке с 7 по 18 января 1985 года. В соответствии с решением Комиссии, принятым на ее семнадцатой сессии 3/, в состав Рабочей группы вошли следующие 14 государств - членов Комиссии: Австралия, Египет, Индия, Испания, Куба, Мексика, Нигерия, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Союз Советских Социалистических Республик, Сьерра-Леоне, Франция, Чехословакия и Япония. На тринадцатой сессии были представлены все члены Рабочей группы, за исключением Сьерра-Леоне. На сессии также присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австрии, Аргентины, Венгрии, Германии, Федеративной Республики, Греции, Демократического Йемена, Ирака, Ирана (Исламской Республики), Италии, Канады, Катара, Китая, Корейской Республики, Кот д'Ивуар, Нидерландов, Норвегии, Омана, Парагвая, Португалии, Румынии, Сальвадора, Сирийской Арабской Республики, Таиланда, Турции, Чили, Швейцарии, Швеции, Эквадора, Югославии, а также наблюдатели от следующих международных организаций: Гаагской конференции по международному частному праву, Международной ассоциации адвокатов и Международной торговой палаты.

4. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Виллем Вис (Нидерланды)*

Докладчик: г-жа Дж.О. Адебанжо (Нигерия)

5. Рабочей группе были представлены следующие документы:

Предварительная повестка дня (A/CN.9WG.IV/WP.28).

Проект конвенции о международных переводных и международных простых векселях: текст проектов статей, принятых Рабочей группой по международным оборотным документам: записка секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.28).

Комментарии по проекту конвенции о международных переводных и международных простых векселях: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/213).

Проект конвенции о международных переводных и международных простых векселях и проект конвенции о международных чеках: аналитическая компиляция комментариев правительств и международных организаций (A/CN.9/248).

Проект конвенции о международных переводных и международных простых векселях и проект конвенции о международных чеках: основные спорные и другие вопросы (A/CN.9/249).

Проект конвенции о международных переводных и международных простых векселях и проект конвенции о международных чеках: основные спорные и другие вопросы, добавление: резюме комментариев Румынии и Швейцарии (A/CN.9/249/Add.1).

Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Добавление № 17 (A/39/17).

---

* Председатель был избран в личном качестве.

ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ

6. Рабочая группа в своей деятельности учла ту задачу, которая была поставлена перед ней Комиссией, а именно: пересмотреть проект конвенции о международных переводных и международных простых векселях в свете решений и результатов обсуждения на семнадцатой сессии Комиссии, а также принять во внимание замечания правительств и международных организаций, содержавшиеся в документах A/CN.9/248 и A/CN.9/249/Add.1, которые на этой сессии не обсуждались.

7. Рабочая группа начала пересмотр проекта конвенции о международных переводных и международных простых векселях с рассмотрения основных спорных вопросов, изложенных в документе A/CN.9/249 и обсуждавшихся Комиссией на ее семнадцатой сессии 4/, а также ряда других связанных с ними вопросов.

8. Рабочая группа постановила, при условии одобрения Комиссией, провести свою следующую (четырнадцатую) сессию в Вене 9-20 декабря 1985 года.

ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ О МЕЖДУНАРОДНЫХ ПЕРЕВОДНЫХ И МЕЖДУНАРОДНЫХ ПРОСТЫХ ВЕКСЕЛЯХ: РАССМОТРЕНИЕ ОСНОВНЫХ СПОРНЫХ ВОПРОСОВ И РЯДА ДРУГИХ СВЯЗАННЫХ С НИМИ ВОПРОСОВ

I. ПОНЯТИЕ ДЕРЖАТЕЛЯ И ЗАЩИЩЕННОГО ДЕРЖАТЕЛЯ

A. Определение защищенного держателя

9. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, может ли лицо, которое приняло неполный вексель и затем заполнило его в соответствии с договоренностью между получателем и трассантом или векселедателем простого векселя, рассматриваться как защищенный держатель. После всестороннего обсуждения Рабочая группа пришла к выводу, что один лишь тот факт, что вексель был неполным, не может лишить лицо возможности стать защищенным держателем при условии соблюдения положений статьи II.

10. По поводу достижения такого результата были высказаны различные предложения. Согласно одному предложению, слова "когда это лицо стало держателем, внешне представлялся полным и правильным" из статьи 4(7) следует исключить. Согласно же другому предложению, слово "полным" следует сохранить и в то же время дополнить следующими словами: "или был неполным, однако мог быть заполнен согласно статье II(I) и был заполнен в соответствии с заключенным соглашением".

11. Было решено, что наличие у лица статуса защищенного держателя будет определяться не тогда, когда это лицо приняло неполный вексель, а тогда, когда оно его заполнило.

12. По вопросу о том, может ли держатель, который принял вексель, внешне представлявшийся неправильным, рассматриваться как защищенный держатель, мнения разделились. Согласно одной точке зрения, требование о том, что вексель внешне должен быть правильным, следует сохранить ввиду того обстоятельства, что вексель с явными дефектами должен навести держателя на мысль о возможности существования притязания или возражения по такому векселю. Согласно другой точке зрения, критерий того, что вексель должен внешне представляться правильным, следует исключить по следующим причинам: a) трудно точно определить, что имеется в виду под словами "правильный" или "неправильный", и b) опасения тех, кто выступает за непредоставление статуса защищенного держателя держателю, принимающему вексель, который внешне представляется неправильным, уже учтены в правиле о том, что знание о конкретном искажении означает знание о наличии конкретного притязания или возражения. Таким образом, ссылка на правильность не является обязательной.

13. Рабочая группа рассмотрела следующий пересмотренный вариант статьи 4(7), подготовленный Секретариатом:

> "7) "Защищенный держатель" означает держателя векселя, который в момент его получения представлялся [внешне правильным и] полным или, если он был неполным, как об этом говорится в пункте I статьи II, был заполнен им в соответствии с заключенным соглашением,

при условии, что, когда он стал держателем:

a) он не знал о каком-либо притязании или возражении по векселю, указанных в статье 25, или о том, что вексель был опорочен неакцептом или неплатежом; и

b) срок, предусмотренный статьей 51 для представления этого векселя к оплате, не истек".

I4. Рабочая группа одобрила этот вариант статьи 4(7), при условии исключения слов в квадратных скобках "внешне правильным и". По мнению Рабочей группы, эти слова могут быть исключены, поскольку из других положений проекта конвенции, в особенности из статьи 5, касающейся определения знания, уже ясно, что держатель, принявший вексель, на котором, например, имелись видимые признаки подлога или существенных изменений, не может рассматриваться как защищенный держатель. В отношении подпункта (a) статьи 4(7) см. обсуждение и решение Рабочей группы в контексте статьи 26 (пункт 26, ниже).

B. Возражения и притязания, которые могут быть выдвинуты против держателя (статья 25)

I5. Рабочая группа обсудила вопрос о том, означает ли обстоятельство, что держатель принял вексель, зная о конкретном притязании или возражении, то, что он будет нести ответственность по другим притязаниям или возражениям, о которых он не знал. Были приведены следующие примеры:

a) получатель по векселю C получает от трассанта A вексель в результате подлога; в свою очередь D получает вексель от C также в результате подлога; D не известно о подлоге, совершенном C в отношении A. Было выражено общее мнение, что по проекту конвенции D не должен быть защищенным держателем и что он должен отвечать по притязанию A в отношении векселя или по возражению A по векселю, основанному на подлоге;

b) если A имел возражение против C, основанное не на подлоге, о котором D, обманувший C, не знал, то D не должен быть защищенным держателем и должен отвечать по возражению A;

c) если D передал вексель E, который знал о подлоге, совершенном D,то в случае предъявления E иска против A, E не будет защищен от возражения A, основанного на подлоге;

d) если A имел возражение против C, основанное на поставке дефектных товаров, и D получил вексель от C в результате подлога, то E, которому D передал вексель, будет отвечать по возражению A в том случае, если E было известно о подлоге, совершенном D против C.

I6. После обсуждения Рабочая группа пришла к выводу, что проект конвенции не должен предоставлять статус защищенного держателя тому держателю, который получил вексель в результате подлога или кражи, или который знал, что подлог или кража были совершены предшествующей стороной. С другой стороны, вовсе не обязательно, что одно лишь то обстоятельство, что держатель знал о возражении, основанном не на подлоге или краже, будет лишать его защиты от возражений, о которых ему не было известно. Таким образом, держатель, которому было известно о возражении X векселедателя против получателя, должен отвергнуть возражение Y векселедателя против получателя, если ему об этом возражении не было известно. Было высказано предложение, что этот результат может быть достигнут путем изменения статьи 25, касающейся прав держателя.

I7. Рабочая группа учредила Специальную рабочую группу в составе представителей Австрии, Канады, Союза Советских Социалистических Республик и Соединенных Штатов Америки и попросила их подготовить проект предложения.

I8. Специальная рабочая группа предложила добавить к статье 25 новый пункт 4, который гласит:

"Держатель подвергается действию возражения в соответствии с пунктом I(b) или притязания в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи только в том случае, если он принял вексель, зная о таком возражении или притязании, или если он получил его мошенническим способом или когда-либо принимал участие в подлоге в отношении этого векселя".

19. Рабочая группа одобрила проект положения при условии следующих изменений: после слова "держатель" должны быть вставлены слова "который не является защищенным держателем", а слова "в отношении этого векселя" должны быть заменены словами "затронувшем этот вексель": после пункта 2 статьи 25 должен быть включен новый пункт, который пока будет обозначен как пункт 2-бис.

C. Возражения и притязания, которые могут быть выдвинуты против защищенного держателя (статья 26)

20. Было отмечено, что в статье 26(I) (c) указываются два вида возражений, а именно: возражения, основанные на отсутствии способности принять на себя ответственность, и возражения, основанные на ошибке в действии. Рабочая группа обсудила вопрос о том, следует ли добавить такие основания для возражений, как принуждение, ложное представительство или невозможность, к числу имеющихся оснований для возражений, которые могут быть выдвинуты против защищенного держателя. Большинство высказалось за то, чтобы оставить лишь те два основания для возражений, которые указаны в подпункте (c).

21. Рабочая группа рассмотрела предложение об исключении из пункта 2 слов "или возникающего из какого-либо мошеннического действия со стороны такого держателя, направленного на получение на векселе подписи этого лица". Было отмечено, что это положение могло бы применяться конкретно в случае, когда защищенный держатель добивается мошенническим способом акцепта от трассата или подписи от гаранта. Рабочая группа отметила, что в ходе подготовительной работы над проектом конвенции, как это указывается в докладах Рабочей группы, не было выявлено каких-либо особых оснований для включения вышеуказанной формулировки в первоначальный текст пункта 2. Высказывалось предположение, что эта формулировка была внесена для того,чтобы согласовать пункт 2, который касается притязаний на вексель, с положением пункта I(b), который содержит аналогичную формулировку в отношении возражений.

22. Хотя ряд представителей высказали сомнения относительно целесообразности такой формулировки в пункте 2, Рабочая группа решила сохранить существующую формулировку статьи 26 (2).

23. В отношении статьи 26 (I)(b) было предложено, что защищенный держатель, помимо действия возражений, перечисленных в статье 26(I), должен также подвергаться действию возражений в силу договорной ответственности, основанной на сделке и не связанной с выставлением или передачей векселя, между ним и стороной, от которой он требует уплаты денег. Поэтому в отношениях между защищенным держателем и стороной, с которой он имел дело, могут быть выдвинуты даже те возражения, которые не вытекают из основной сделки, в результате которой был выставлен или передан вексель. Был приведен следующий пример: векселедатель простого векселя A выдает вексель получателю B; B передает вексель C; в результате предшествующей сделки между B и C, не связанной с выдачей векселя, C стал должником B; после отказа в платеже по векселю C требует уплаты от B. B должна быть предоставлена возможность в качестве возражения в отношении его ответственности по векселю ссылаться на тот факт, что C является его должником, несмотря на то обстоятельство, что C является защищенным держателем.

24. Предложение было отвергнуто на том основании, что возражения в отношении ответственности по векселю должны проистекать только из сделки, в результате которой вексель был выдан или передан защищенному держателю. Долг C может быть предметом требования о зачете или предметом встречного иска вне векселя, которые в ряде правовых систем регулируются общими нормами, в частности гражданскими процессуальными нормами, в свою очередь отражающими различный подход к этому вопросу. Другим основанием для отклонения этого предложения явилось то, что оно умаляет права защищенного держателя и что это является нежелательным.

25. Более краткий вариант предложения заключается в расширении существующей формулировки статьи 26 (I) (b), с тем чтобы охватить не только возражения, проистекающие из самой основной сделки, но, по меньшей мере, также и возражения, проистекающие из соглашений, относящихся к такой сделке. Специальная ссылка была сделана на соглашения о продлении сроков.

26. В контексте этих предложений было отмечено, что в определении защищенного держателя, закрепленном в статье 4(7), в подпункте (a) требуется, чтобы держатель не знал о возражении по векселю, указанном в статье 25, которое, в соответствии с пунктом I (c) этой статьи, включает любое возражение относительно договорной ответственности, основанное на сделке между держателем и стороной, с которой он непосредственно имел дело. Рабочая группа попросила секретариат пересмотреть содержащееся в статье 4(7) определенно защищенного держателя, в частности,вопрос об уместности ссылки в подпункте (a) на все возражения,перечисленные в статье 25.

Кроме того, секретариату следует рассмотреть вопрос о том, какие возражения могут быть предоставлены стороне, непосредственно имевшей дело с держателем или защищенным держателем (согласно статьям 25 и 26), в частности в отношении положений статьи 25 (I)(c) и статьи 26 (I)(b). Предложения секретариата должны сопровождаться пояснительной запиской, в которой следует на конкретных примерах рассмотреть все возможные варианты решений.

27. Рабочая группа постановила отложить до своей будущей сессии рассмотрение следующего предложения, которое было внесено в ходе обсуждения на семнадцатой сессии Комиссии:необходимо рассмотреть вопрос о том, должен ли проект конвенции предоставлять защиту держателю только в случаях, когда он принял вексель добросовестно, и должна ли оградительная норма статьи 27 давать держателю возможность иметь права защищенного держателя даже в том случае, если он принял вексель недобросовестно 5/.

II. ПОДЛОЖНЫЕ ИНДОССАМЕНТЫ И СОВЕРШЕНИЕ ИНДОССАМЕНТА ПРЕДСТАВИТЕЛЕМ, НЕ ИМЕЮЩИМ ПОЛНОМОЧИЙ (СТАТЬЯ 23)

A. Основные вопросы политики, касающейся подложных индоссаментов

28. Рабочая группа отметила, что статья 23 (I) является результатом компромисса между системами общего права и гражданского права о том, что в ней применен женевский подход, в соответствии с которым подложный индоссамент не препятствует индоссатору и последующему приобретателю векселя стать держателем, и в то же время в проекте зафиксирован результат, имеющий место в странах системы общего права, когда риск утраты вследствие подложного индоссамента в конечном счете возлагается на лицо, которое приняло вексель от лица, совершившего подлог.

29. Отмечалось также, что в соответствии с пунктом 2 ответственность стороны или трассата, который оплатил вексель, или индоссатора на инкассо, который инкассировал вексель с подложным индоссаментом, в конвенции не урегулирована и поэтому должна регулироваться применимым внутренним правом. Были высказаны сомнения относительно допустимости такого положения, при котором важные вопросы, касающиеся оборотных документов, будут регулироваться внутренними законами, имеющими существенные различия.

B. Ответственность индоссатора на инкассо

30. Согласно одной из точек зрения, в статье 23 должно быть указано, что индоссатор на инкассо не несет ответственности за убытки, которые страна или лицо, чей индоссамент был подделан, понесет в результате подлога. В подтверждение этой точки зрения указывалось, что индоссатором на инкассо часто является банк, который представляет услуги своим клиентам и которому не вполне удобно проводить обширное расследование по вопросу о том, имел ли индоссант право на вексель или полномочия на его подписание.

31. С другой стороны, было отмечено, что в ряде правовых систем ответственность в процессе инкассирования в конечном счете возлагается на лицо или банк, которые приняли вексель от лица, совершившего подлог. Если такая ответственность будет исключена, то лицо, чей индоссамент был подделан, будет лишено средств правовой защиты, которые бы оно имело в соответствии со внутренним правом. Это представляет собой чрезвычайно серьезный вопрос, потому что, поскольку согласно статье 23 подложный индоссамент для целей передачи представляет собой надлежащий индоссамент и ведет к тому, что лицо, получающее вексель, становится его держателем, оплата векселя в соответствии с проектом конвенции будет представлять собой оплату держателю и таким образом приведет к освобождению от ответственности по векселю. В таком случае лицо, у которого вексель был украден или индоссамент которого был подделан, не будет иметь основания, которое бы оно имело по крайней мере в ряде стран, для предъявления иска за конверсию к трассату, который произвел платеж.

32. После обсуждения Рабочая группа приняла компромиссное решение, в соответствии с которым индоссатор на инкассо, который принял вексель с подложным индоссаментом на инкассо от лица, совершившего подлог, не несет ответственности по статье 23 (I), если в момент инкассирования векселя он не знал о подлоге, при том условии, что такое незнание не было вызвано его небрежностью.

33. По вопросу о том, с какого момента знание о подлоге влечет за собой ответственность, были выражены различные мнения. В этой связи Группа рассмотрела момент, в который индоссатор на инкассо принял вексель от лица, совершившего подлог, момент, в который он получил причитающуюся по векселю сумму от трассата или какой-либо стороны, и момент, в который он перевел полученную им сумму лицу, совершившему подлог. Рабочая группа согласилась с тем, что индоссатор на инкассо несет ответственность, если он узнал о подлоге до момента передачи суммы своему представляемому. Однако он также несет ответственность в том случае, когда он перевел средства на счет своего представляемого до получения причитающейся по векселю суммы и узнал о подлоге после перечисления средств на счет своего представляемого.

C. Ответственность стороны или трассата, оплативших вексель

34. Было отмечено, что трассат, который не акцептовал переводной вексель, не несет ответственности по векселю и что вопрос о том, можно ли считать оплату векселя трассатом надлежащим платежом и может ли трассат, который оплатил вексель, дебетовать счет трассанта и при каких обстоятельствах, может зависеть от соглашений, заключенных между трассантом и трассатом. Было предложено, чтобы, поскольку ответственность трассата за платеж и неплатеж представляет собой вневексельную ответственность, проект конвенции не регулировал эти вопросы.

35. Однако согласно другой точке зрения, поскольку оплата трассатом векселя, на котором поставлен подложный индоссамент, отразится на правах лица, чей индоссамент был подделан, этот вопрос должен быть урегулирован в проекте конвенции. В этой связи была сделана ссылка на статью 73(2), в соответствии с которой оплата трассатом векселя ведет к освобождению всех сторон от ответственности по векселю.

36. Проанализировав ряд вопросов, Рабочая группа решила утвердить правила, по которым она пришла к соглашению в отношении индоссатора на инкассо (см. пункт 32, выше) применительно также к акцептанту, векселедателю простого векселя и трассату, оплатившему вексель непосредственно лицу, совершившему подложный индоссамент. Если такая оплата приведет, таким образом, к убыткам, понесенным определенной стороной или лицом, чей индоссамент был подделан, то плательщик не несет ответственности, если платеж был произведен лицу, совершившему подлог, и плательщик не знал о подлоге, при том условии, что такое незнание не вызвано его небрежностью.

D. Лица, имеющие право на возмещение

37. Рабочая группа отметила, что в соответствии со статьей 23(I), "любая сторона" имеет "право требовать возмещения любых убытков, которые она могла понести в результате подлога". Было решено, что это право должно, с одной стороны, предоставляться также "лицу, чей индоссамент был подделан". С другой стороны, не каждой стороне векселя, которая понесла ущерб в результате подлога, должно предоставляться право на возмещение в соответствии со статьей 23(I), а лишь тем сторонам, которые подписали вексель до подлога. Такое ограничение является оправданным, поскольку в основе статьи 23 лежит идея о том, что средства правовой защиты должны в первую очередь предоставляться лицу, подпись которого была подделана, и во вторую очередь стороне, которая была лишена владения векселем. Например, если вексель был украден из почты прежде, чем он достиг получателя, трассант или векселедатель простого векселя должны иметь право на компенсацию в соответствии со статьей 23(I). С другой стороны, сторона, подписавшая вексель после подлога, в достаточной степени защищена в силу своего права регресса в отношении предыдущей стороны или при отсутствии ответственности индоссата, в силу своего права требования в соответствии со статьей 41.

E. Выводы и решения по вопросу о подложных индоссаментах (статья 23(I) и (2))

38. Рабочая группа рассмотрела следующий проект предложения, подготовленный специальной рабочей группой в составе представителей Соединенного Королевства и Франции, а также наблюдателей от Канады и Швейцарии:

> "I) Если индоссамент является подложным, то любое лицо, чей индоссамент является подложным, или любая сторона, подписавшая вексель до совершения подлога, имеет право требовать возмещения любых убытков, которые она могла понести в результате подлога, от:

a) лица, совершившего подлог,

b) лица, которому вексель был непосредственно передан лицом, совершившим подлог,

c) стороны или трассата, который оплатил вексель непосредственно лицу, совершившему подлог.

2) Однако индоссатор на инкассо не несет ответственности в соответствии с пунктом I, если:

a) в момент получения причитающейся за вексель суммы или

b) в момет передачи ее своему представляемому

он не знал о подлоге, при условии, что такое незнание не было вызвано его небрежностью.

3) Равным образом сторона или трассат, который оплачивает вексель, не несет ответственности в соответствии с пунктом I, если в момент оплаты векселя он не знал о подлоге, при условии, что такое незнание не было вызвано его небрежностью.

4) За исключением случаев предъявления требования о возмещении убытков к лицу, совершившему подлог, убытки, возмещаемые в соответствии с пунктом I, не могут превышать суммы векселя, плюс проценты, исчисленные по ставке...".

39. После обсуждения Рабочая группа приняла проект предложения с учетом внесения последующего изменения в пункте 4. Рабочая группа согласилась с тем, что подлежащая возмещению сумма, согласно пункту I, каким-либо лицом, помимо лица, совершившего подлог, не должна превышать сумму, указанную в статье 66 или 67. Один представитель выступил с оговоркой относительно этого правила, особо выделив вопрос о процентной ставке, предусмотренной в статье 66(2). Некоторые представители и наблюдатели выразили мнение, что ссылка на статью 66 или 67 может оказаться спорной ввиду того обстоятельства, что эти статьи также охватывают вопросы, которые в контексте статьи 23 к данному предмету не относятся. Рабочая группа просила секретариат найти более подходящую формулировку, чем простая ссылка на эти статьи.

40. Отмечалось, что вышеуказанное правило будет в целом возлагать строгую ответственность на лицо, которое непосредственно вступало в отношения с лицом, совершившим подлог, за исключением тех случаев, когда это лицо являлось индоссатором на инкассо, либо стороной, либо трассатом, оплатившим вексель. Один представитель, выступая с оговоркой, а также один наблюдатель выразили мнение, что возложение на лицо, которое добросовестно приняло вексель от лица, совершившего подлог, ответственности за убытки является неприемлемым и будет затруднять оборот международных векселей.

F. Совершение индоссамента представителем, не имеющим полномочий (статья 23 (3))

41. Было отмечено, что статья 23 (3) приравнивает индоссамент, который был совершен на векселе лицом, действующим в качестве представителя, не имеющего полномочий, к подложному индоссаменту. Относительно оправданности такого приравнивания были высказаны самые различные точки зрения.

42. Согласно одной из них, такое приравнивание не оправдано, поскольку случаи, охватываемые статьей 23 (3), носят различный характер. Хотя верно то, что нет разницы, например, между случаем, когда вор подделывает подпись получателя, и случаем, когда он подписывается своим собственным именем и в то же время мошенническим образом выдает себя за представителя получателя, большинство случаев совершения индоссамента представителем, не имеющим полномочий, следует отделять от случаев подлога по следующим причинам. Вовсе не обязательно, что представитель без полномочий не знаком лицу, которое получает от него вексель; он даже может являться лицом, которому полномочия действительно ранее были доверены и которое просто выходит за рамки по-прежнему существующих полномочий. В таких случаях у лица, получающего вексель, имеется меньше оснований для опасений, и поэтому нет необходимости требовать от него скрупулезного выяснения подробностей относительно организационного момента или других обстоятельств,

касающихся предоставления возможных полномочий. Отмечалось, что это особенно справедливо для случаев совершения индоссаментов на инкассо ввиду того обстоятельства, что инкассирующий банк всего лишь предоставляет услугу своему клиенту. Некоторые сторонники этой точки зрения отметили, что равным образом несправедливо возлагать на лицо ответственность за принятие векселя, индоссированного представителем без полномочий не на инкассо, если индоссатор не знал об отсутствии полномочий.

43. Большинство придерживалось той точки зрения, что регулирование случаев совершения индоссамента представителем без полномочий и случаев совершения подложного индоссамента одинаковым образом является оправданным. В поддержку этой точки зрения отмечалось, что политические соображения, действовавшие в отношении статьи 23 (1) и (2), в равной степени применимы и к пункту (3). Поэтому вполне оправданно возлагать в конечном счете риск на лицо, которое непосредственно вступало в отношения с представителем без полномочий. Было указано далее, что в высшей степени невозможно провести точную границу между подложными индоссаментами и индоссаментами, совершенными представителями без полномочий во всех без исключения случаях. Кроме того, было отмечено, что это положение будет применяться только в тех случаях, когда представитель на самом деле не имел полномочия обязываться за своего представляемого. Таким образом, оно не будет применяться в случаях, когда, например, согласно применимому национальному праву, представитель имел явные или подразумеваемые полномочия.

44. Рабочая группа попросила специальную рабочую группу, состоящую из представителей Мексики, Нигерии и Чехословакии, а также наблюдателей от Катара и Норвегии, подготовить проект положения или, если она сочтет необходимым, отдельную статью, посвященную исключительно индоссаментам, совершенным представителем без полномочий, а также, возможно, включить в нее такие моменты, которые не учтены в нормах, регулирующих подложные индоссаменты.

45. Эта рабочая группа внесла следующее предложение:

"Заменить статью 23 (3) следующей новой статьей 23-бис:

I) Если вексель индоссирован лицом, выступающим в качестве представителя, однако не имеющего на это полномочий, любая сторона или лицо, которое не имеющий полномочий представитель якобы представляет, имеет право требовать возмещения любых убытков, которые оно могло понести в результате такого индоссамента, от

a) не имеющего полномочий представителя и

b) лица, которому вексель был непосредственно передан не имеющим полномочий представителем, или

c) стороны или трассата, который оплатил вексель непосредственно не имеющему полномочий представителю,

при том, однако, условии, что лицо, от которого требуют возмещения, несет ответственность только в том случае, если во время передачи или оплаты векселя оно знало [или должно было знать] об отсутствии полномочий.

2) За исключением случаев в отношении не имеющего полномочий представителя, убытки, возмещаемые в соответствии с пунктом I, не могут превышать суммы, указанной в статье 66 или 67".

46. После рассмотрения этого проекта предложения Рабочая группа пришла к выводу, что окончательное решение по исключительно важному вопросу о том, должны ли индоссаменты, совершенные представителем без полномочий, приравниваться к подложным индоссаментам, возможно только после согласования норм относительно подложных индоссаментов. Поэтому она попросила специальную рабочую группу, которой был поручен пересмотр норм о подложных индоссаментах (см. пункт 38, выше), подготовить пересмотренный проект статьи 23-бис.

47. Специальная рабочая группа в составе представителей Соединенного Королевства и Франции, а также наблюдателей от Канады и Швейцарии подготовила следующий пересмотренный проект:

"I) Если индоссамент совершен представителем, не имеющим полномочий или поручения обязываться за своего доверителя в данном вопросе, то представляемый или любая сторона, подписавшая вексель до совершения такого индоссамента, имеет право требовать возмещения любых убытков, которые она могла

понести в результате совершения такого индоссамента, от:

a) представителя,

b) лица, которому вексель был непосредственно передан представителем,

c) стороны или трассата, который оплатил вексель непосредственно представителю.

2) Однако индоссатор на инкассо не несет ответственности в соответствии с пунктом I, если:

a) на момент получения причитающейся за вексель суммы или

b) на момент передачи ее своему доверителю,

в зависимости от того, что имело место позднее, он не знал, что такой индоссамент не обязывал доверителя, при условии, что такое незнание не было вызвано его небрежностью.

3) Равным образом сторона или трассат, который оплачивает вексель, не несет ответственности в соответствии с пунктом I, если в момент оплаты векселя он не знал, что такой индоссамент не обязывает представляемого, при условии, что такое незнание не было вызвано его небрежностью.

4) За исключением случаев предъявления требования о возмещении к представителю, убытки, возмещаемые в соответствии с пунктом I, не могут превышать суммы векселя, плюс проценты, исчисленные по ставке ...".

48. После обсуждения Рабочая группа приняла этот проект пересмотренного текста с условием внесения редакционных поправок и приведения в соответствие пункта 4 с положением, касающимся подложных индоссаментов (см. пункт 39, выше). Один из представителей поддержал мнение о том, что приравнивание индоссаментов, совершенных лицом, не имеющим полномочий, к подложным индоссаментам, является неоправданным, и сделал оговорку по пункту I (b).

III. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЛИЦА, ПЕРЕДАЮЩЕГО ВЕКСЕЛЬ ПУТЕМ ПРОСТОГО ВРУЧЕНИЯ (СТАТЬЯ 4I)

49. Рабочая группа рассмотрела статью 4I в контексте следующих проблем: a) должна ли в проекте конвенции признаваться ответственность лиц, которые передали вексель путем простого вручения, то есть без совершения на нем индоссамента; b) если должна, то каков должен быть характер и объем такой ответственности и при каких обстоятельствах может держатель, получивший вексель в результате простого вручения, освободиться от такой ответственности; и c) следует ли возлагать ответственность за определенные пороки в отношении векселя также и на индоссантов.

A. Сохранение положения об ответственности лица, передавшего вексель путем простого вручения

50. Было отмечено, что в праве оборотных документов стран общего права признается, что в некоторых случаях лицо, которое передало вексель путем простого вручения, гарантирует, что вексель не имеет определенных дефектов. Отмечалось также, что в странах гражданского права ответственность лица, передающего вексель путем простого вручения, в таких случаях регулируется общими нормами права о контрактах или о продаже товаров.

5I. Учитывая, что если этот вопрос не оговорить в конвенции, то он будет регулироваться национальными законами, которые отличаются друг от друга в подходе, было выработано общее мнение о том, что в конвенцию следует включить нормы, регулирующие такую ответственность. Существенным доводом в пользу предоставления держателю, который получает вексель в результате простого вручения, права требования к лицу, передающему вексель, явилось то, что в отсутствие такого права держатель мог бы оказаться лишенным средств правовой защиты в тех случаях, когда принятый им вексель оказался совсем не тем векселем, который такой держатель законно рассчитывал получить.

B. Характер и объем ответственности

52. По общему мнению Рабочей группы, держатель, который принял вексель в результате простого вручения, считая его полноценным, должен иметь возможность ссылаться на тот факт, что подписи на векселе были подлинными или совершенными с надлежащими полномочиями и что в него не было внесено никаких существенных изменений. Такая возможность должна быть полностью защищена, причем знание или незнание лица, передавшего вексель путем простого вручения, о таких недостатках в расчет приниматься здесь не должно. С другой стороны, ответственность лица, передающего вексель путем простого вручения, не должна быть строгой в отношении вопросов, указанных в пунктах I(c) и (d) статьи 4I, а именно в отношении того обстоятельства, что никакая сторона не имела обоснованных притязаний или возражений в отношении лица, передающего вексель, и что вексель не был опорочен неакцептом или неплатежом. Таким образом, ответственность в отношении вопросов, указанных в пунктах I(c) и (d), должна обусловливаться знанием лица, передающего вексель. Один из представителей, а также один наблюдатель поддержали точку зрения о том, что ответственность лица, передающего вексель, должна обусловливаться знанием также и в отношении вопросов, содержащихся в пункте I(a) и (b), а именно вопроса о поддельной подписи или подписи, поставленной без полномочий, и вопроса о внесении существенных изменений.

53. Рабочая группа согласилась с тем, что ответственность в соответствии со статьей 4I должна возлагаться на лицо, передавшее вексель путем простого вручения, только в отношении лица, которому этот вексель был непосредственно передан. Один из наблюдателей выразил мнение, что если лицо, передающее вексель, знало о пороках в отношении векселя и не сообщило лицу, которому оно передавало вексель, то это лицо должно нести ответственность за подлог, и в этом случае оно должно нести ответственность и перед всеми последующими приобретателями.

54. Было указано, что ответственность лица, передающего вексель путем простого вручения, может быть определена применительно к возмещению убытков и применительно к аннулированию контракта между лицом, передавшим вексель, и приобретателем. Если будет установлена ответственность применительно к убыткам, то держателю придется доказывать убытки, которые он понес в результате порока, и он будет вынужден, по крайней мере в некоторых правовых системах, уменьшать сумму этих убытков. Таким образом, можно предположить, что там, где держатель может предъявлять требования к сторонам по векселю, такие требования должны быть предъявлены до осуществления права, предоставленного статьей 4I. И наоборот, если бы в соответствии со статьей 4I предоставлялось право требования применительно к аннулированию контракта, то держатель мог бы немедленно предъявить требование к лицу, передавшему вексель, и в этом случае, вернув этому лицу вексель, он получил бы обратно уплаченную за вексель сумму и любые проценты.

55. После обсуждения Рабочая группа пришла к выводу, что в статье 4I не следует закреплять ни один из этих подходов, а следует сформулировать ее таким образом, чтобы держателю было предоставлено право требования непосредственно к лицу, которое передало ему вексель, и в то же время останется открытым вопрос о предъявлении требований к сторонам, ответственным по векселю. Отмечалось, что, если держатель решит сначала предъявить требование к ответственной по векселю стороне, он по-прежнему сохраняет за собой право действовать согласно статье 4I, если он не получил сполна сумму, на которую он имеет право. Был приведен следующий пример: векселедатель простого векселя A выдает вексель на I000 швейцарских франков получателю B; B мошенническим образом изменяет сумму с I000 на 2000 швейцарских франков, индоссирует вексель посредством бланка и передает его C; C вручает вексель D, который не знает об изменении и является защищенным держателем. Большинство придерживалось той точки зрения, что D имеет право на получение возмещения 2000 швейцарских франков от C, начиная с того момента, когда он узнал о внесенном изменении, причем не важно, знал или не знал C об изменении в момент вручения векселя D, но, по мнению других, такой вывод является сомнительным, поскольку статья 4I касается вопроса об убытках. При наступлении срока платежа D по своему выбору может потребовать I000 швейцарских франков от векселедателя A, а затем потребовать возмещения в размере I000 швейцарских франков от C в соответствии со статьей 4I.

56. Рабочая группа рассмотрела следующий пересмотренный проект статьи 4I, подготовленный представителем Франции:

> "I. Любое лицо, передающее вексель путем простого вручения, гарантирует, в отсутствие соглашения об ином, держателю, которому оно передает вексель, что:

a) никакая подпись на векселе не была подделана или совершена без полномочий;

b) вескель не был существенно изменен;

c) никакая сторона не имеет обоснованных притязаний в отношении этого векселя или возражений по нему;

d) переводной вексель не был опорочен неакцептом или неплатежом или простой вексель не был опорочен платежом.

2. Гарантия,предусмотренная в пункте I(a) и (b), действует только в том случае, если о дефекте в отношении векселя не было известно держателю, которому этот вексель был передан, при этом не учитывается то обстоятельство, знало или не знало об этом лицо, которое передало вексель путем простого вручения.

Она действует в отношении дефектов, указанных в пункте I(c) и (d), только в том случае, если о дефекте в отношении векселя, с одной стороны, было известно лицу, которое передало его путем простого вручения, и, с другой стороны, не было известно держателю, которому этот вексель был передан.

3. Держатель имеет возможность, до или после наступления срока платежа по векселю, либо предъявить требование по вышеуказанной гарантии, либо использовать против обязанных по векселю сторон вплоть до надлежащей суммы в пределах их обязательств право регресса, предусмотренное в статье 55 и последующих статьях, либо предъявлять требование о возмещении убытков к лицу, совершившему подлог или изменение или поставившему подпись без полномочий.

За исключением случаев предъявления требования о возмещении убытков к лицу, совершившему подлог или изменение или поставившему подпись без полномочий, держатель, особенно в случае предъявления нескольких требований, не может получить возмещение на общую сумму, превышающую сумму векселя, плюс проценты по ставке...".

57. После обсуждения Рабочая группа приняла пересмотренный проект текста с условием внесения редакционных поправок и изменений в пункт 3. Рабочая группа пришла к общему мнению, что сумма, которую держатель может потребовать от лица, передавшего вексель путем простого вручения, согласно статье 4I должна быть ограничена той, которую он уплатил, или размером ценностей, которые он передал за вексель плюс проценты, которые в данном случае могут быть меньше суммы векселя. В этой связи было отмечено, что, как предусмотрено в пункте I статьи 4I, лицо, передающее вексель путем простого вручения, может исключить или ограничить свою ответственность путем договоренности с держателем.

58. Что касется процентной ставки, то было внесено предложение, чтобы ставка, о которой идет речь, равнялась Лондонской межбанковской ставке (ЛИБОР). Рабочая группа решила, что вопрос о процентной ставке следует рассмотреть на ее следующей сессии.

59. Было высказано мнение, что ответственность лица, передающего вексель путем простого вручения согласно статье 4I, должна предусматриваться применительно к убыткам, а не применительно к данным ему гарантиям. Рабочая группа обратилась к секретариату с просьбой пересмотреть вышеприведенный проект статьи 4I с целью улучшения общих формулировок и, в частности, исключения каких-либо ссылок на понятие гарантии, поскольку этот термин используется не во всех правовых системах.

C. Распространение статьи 4I на индоссантов

60. По вопросу о распространении ответственности согласно статье 4I на индоссантов были высказаны противоположные точки зрения. Согласно одной из них, обязательство индоссанта по векселю состоит в том, что он должен оплатить вексель в случае отказа в акцепте или платеже при том условии, что предъявление к акцепту или платежу и протест в надлежащем порядке были осуществлены. Поэтому, если вексель не был акцептован или оплачен в силу одного из оснований, перечисленных в статье 4I(I), держатель получит платеж от индоссанта в силу обязательства последнего. Таким образом, нет необходимости распространять ответственность согласно статье 4I на индоссанта, поскольку даже и без такого средства защиты держатель после принятия векселя получит то, что он рассчитывал получить.

61. Согласно другой точке зрения, если статья 41 не будет распространена на индоссанта, ответственность лица, передавшего вексель путем простого вручения, будет в ряде случаев более обременительной, нежели ответственность индоссанта. Хотя верно то, что лицо, передающее вексель путем простого вручения, не гарантирует платежеспособность предыдущих сторон, право требования приобретателя в соответствии со статьей 41 представляет собой право, которое может быть осуществлено немедленно, даже до наступления срока платежа, если до наступления срока платежа приобретателю стало известно о пороках и, кроме того, осуществление этого права не обусловлено рядом процессуальных действий, которые необходимы для материализации ответственности индоссанта. Помимо этого, политические соображения, которые были приняты во внимание применительно к ответственности лица, передающего вексель путем простого вручения, а именно то обстоятельство, что разница в подходах различных правовых систем будет порождать неопределенность, применимы также и ко вневексельной ответственности индоссанта за пороки, перечисленные в статье 41(1). В этой связи было высказано мнение о том, что ответственность индоссанта, который подписал "безоборотный" вексель, аналогична ответственности лица, передающего вексель путем простого вручения.

62. После обсуждения Рабочая группа не смогла достичь консенсуса по этому вопросу. В свете сложившегося положения было внесено предложение о том, что, если проект конвенции, с учетом мнения большинства, не будет регулировать ответственность индоссанта за пороки, перечисленные в статье 41(1), в нем должно содержаться специальное положение, в соответствии с которым определение такой ответственности предоставляется национальному праву.

63. Секретариату было предложено представить на рассмотрение следующей сессии Рабочей группы исследование о преимуществах и недостатках положения конвенции, которое возлагает ответственность на индоссанта в связи с обстоятельствами дела, изложенными в статье 41(1). Секретариату было также предложено подготовить, если он сочтет это необходимым, альтернативные проекты положений по этому вопросу.

IV. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ЗНАНИЯ (СТАТЬЯ 5)

64. Относительно определения знания, изложенного в статье 5, были высказаны различные точки зрения. Согласно одной из них, понятие о том, что лицо считается осведомленным о том или ином факте не только когда этот факт ему действительно известен, но также когда оно не могло не знать о его существовании, является неприемлемым. В проекте конвенции должна быть определенность, а она может быть достигнута лишь путем закрепления того, что для целей настоящей конвенции под знанием понимается только фактическое знание. Согласно другой точке зрения, положение статьи 5 следует сохранить в настоящей формулировке, поскольку она позволяет судам установить по всем обстоятельствам дела, что лицо должно было знать о каком-либо факте, несмотря на то, что оно отрицает свое знание о нем. Действительно, могут возникнуть ситуации, когда незнание факта является непростительным. Кроме того, если определение знания ограничить лишь фактическим знанием, то при некоторых обстоятельствах наличие знания доказать было бы исключительно сложно.

65. Было высказано мнение о том, что даже если определение знания будет ограничено фактическим знанием, у судов по-прежнему сохранится возможность сделать определенные выводы на основании объективных факторов и прийти к заключению, что лицо знало о факте, несмотря на то, что оно это отрицает. С другой стороны, предложение "не могло не знать о его существовании", даст возможность суду презюмировать наличие знания у лица, которое фактически не знало лишь потому, что умышленно не стало обращать внимания на соответствующие факторы.

66. Рабочая группа рассмотрела предложение редакционного характера, подготовленное представителями Австралии, Соединенных Штатов и Чехословакии. Это предложение предусматривает замену в статье 5 слов "или оно не могло не знать о его существовании" словами "или, если этот факт был ему действительно не известен, поскольку оно неоправданно игнорировало известные ему факты или обстоятельства". Один наблюдатель выразил мнение, что определение знания должно учитывать возможность получения предполагаемых знаний

67. После обмена мнениями Рабочая группа согласилась с тем, что для целей конвенции знанием должно в принципе являться действительное знание; это также должно позволять судам, исходя из обстоятельства дела, заключать, что лицу этот факт был действительно известен, несмотря на то, что оно это отрицает. Однако это определение, не охватывая небрежности, должно идти дальше в том, что оно должно позволять презюмировать наличие знания у лица, которому этот факт действительно известен не был, поскольку оно преднамеренно игнорировало соответствующие факты. Рабочая группа обратилась к секретариату с просьбой подготовить для ее следующей сессии пересмотренный проект статьи 5, который будет отвечать такому пониманию.

I/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № I7, (A/39/I7), пункт 88.

2/ Обсуждение и выводы по основным спорным и другим вопросам изложены в докладе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № I7 (A/39/I7), пункты 2I-82.

3/ Там же, пункт 88.

4/ Там же, пункты 2I/38.

5/ Там же, пункт 32.

B. Электронный перевод средств

Проект правового руководства по электронному переводу средств: Доклад Генерального секретаря (A/CN.9/266 и Add.1 и 2) а/

/A/CN.9/266/

I. Комиссия на своей пятнадцатой сессии в 1982 году постановила, что секретариату следует приступить к подготовке правового руководства по электронному переводу средств совместно с Исследовательской группой ЮНСИТРАЛ по международным платежам 1/. Было решено, что руководство должно служить ориентиром для законодательных органов или юристов, разрабатывающих правила, регулирующие конкретные системы. Проекты некоторых глав правового руководства были представлены на рассмотрение семнадцатой сессии Комиссии в 1984 году для всеобщего обсуждения 2/ Секретариат сообщил Комиссии о том, что два дополнительных проекта глав будут представлены на рассмотрение ее восемнадцатой сессии.

2. В Комиссии было достигнуто общее соглашение в отношении того, что проекты глав, представленные Комиссии, уже являются хорошим началом работы в этой области и составляют основу для достижения общего понимания соответствующих правовых вопросов на международном уровне. Отмечалось, что было бы преждевременным пытаться разработать единообразные правовые правила для электронного перевода средств, пока не достигнуто общее понимание этого вопроса на международном уровне. Однако было отмечено, что достижение такого общего понимания посредством разработки правового руководства могло бы позволить в будущем подготовить конкретные единообразные правила по определенным аспектам электронного перевода средств 3/. Поэтому Комиссия обратилась к секретариату с просьбой завершить работу над остальными проектами глав и постановила, что на своей восемнадцатой сессии она рассмотрит меры, которые должны быть приняты по этому вопросу 4/.

3. В приложении к настоящему докладу приводятся добавления I и 2, содержащие остальные проекты глав о правовом руководстве, то есть проект главы об окончательности перевода средств и проект главы о правовых вопросах, возникающих при электронном переводе средств. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о направлении проектов всех глав правительствам и заинтересованным международным организациям для отзывов и предложить секретариату в сотрудничестве с Исследовательской группой ЮНСИТРАЛ по международным платежам отредактировать проекты глав с учетом полученных замечаний и представить их на утверждение девятнадцатой сессии Комиссии в 1986 году.

а/ Рассмотрение вопроса Комиссией см. Доклад, глава III, B (часть первая, A, выше).

I/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее пятнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать седьмая сессия, Дополнение № I7 (A/37/I7), пункт 73.

2/ Проекты глав содержатся в документах A/CN.9/250/Add.1-4.

3/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № I7 (A/39/I7), пункт 92.

4/ Там же, пункт 93.

A/CN.9/266/Add.17

ГЛАВА, ПОСВЯЩЕННАЯ ВОПРОСУ ОБ ОКОНЧАТЕЛЬНОСТИ ПЕРЕВОДА СРЕДСТВ

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Вступительное примечание	I-3
A. Момент, когда перевод средств становится окончательным	4-22
I. Переводы кредитов	5-20
a) Дебетование счета плательщика	5-7
b) Кредитование счета банка получателя	8
c) Уведомление о кредитовании счета банка получателя	9
d) Банк получателя решает принять перевод кредита	I0-II
e) Зачисление средств на счет получателя	I2-I6
f) Кредитование, подлежащее отмене	I7
g) Уведомление, направляемое получателю	I8-I9
h) Платеж наличными	20
2. Дебетовые переводы	2I-22
B. Взаимосвязь между окончательностью перевода между клиентами и окончательностью перевода между банками	23-30
C. Технологические изменения, затрагивающие окончательность перевода средств	3I-48
I. Индивидуальная обработка поручений в форме бумажных документов	32
2. Обработка сериями	33
3. Обработка данных на ЭВМ	34-37
4. Терминалы, находящиеся в непосредственном пользовании банковских клиентов	38-40
5. Гарантия оплаты банком плательщика	4I-43
6. Карточки-микросхемы	44-47
7. Передача поручений на перевод средств при помощи средств связи между ЭВМ	48
D. Последствия, связанные с окончательностью	49-96
I. Общие правила, предоставляющие приоритет переводу средств	49-50
2. Особые случаи коллизий в отношении приоритета	5I-68
a) Влияние на перевод средств юридических прав третьих лиц	5I-6I
i) Смерть плательщика	53
ii) Возбуждение судебного иска против плательщика в связи с неплатежеспособностью	54
iii) Неправоспособность плательщика	55
iv) Наложение ареста на счет плательщика	56-59
v) Отзыв плательщиком поручения на перевод средств	60-6I
b) Уведомления, направляемые банку	62-68
3. Отмена ошибочных переводов средств	69-80
a) Отмена дебетования по требованию плательщика	7I-73
b) Возмещение кредитования при дебетовом переводе по требованию банка плательщика	74-76

c) Возмещение кредитования при кредитовом переводе 77-78

d) Право банка возместить сумму кредитования путем сторнирования ... 79-80

4. Доступность средств 81-91

5. Выполнение основного обязательства 92-96

E. Правила об окончательности и риск для системы 97-99

Приложение стр.

Национальный опыт мер по сокращению риска к рамкам системы 255

Вступительное примечание

I. Вопрос об окончательности перевода средств часто считается одной из важных концепций, служащих целям унификации в области права, регулирующего перевод средств. Во многих правовых системах считается, что в тот момент, когда перевод средств становится окончательным, возникают важные правовые последствия. По этой причине в банковских и юридических кругах возникает вопрос о том, является ли момент, когда электронный перевод средств становится окончательным, аналогичным тому моменту, когда перевод средств с помощью обычных документов становится окончательным, или же отличается от него. Более того, при обсуждении вопросов международного перевода средств часто высказывалось мнение о важности общей договоренности и в отношении того, в какой момент электронный перевод средств становится окончательным.

2. Сравнение концепции окончательности перевода средств в ряде различных правовых систем показывает, что эта концепция является неточной. Хотя во многих правовых системах считается, что перевод средств становится окончательным в какой-либо один момент времени, различные аспекты перевода средств могут стать окончательными в различные моменты времени. Перевод средств часто становится окончательным для одного или нескольких банков, осуществляющих его, не в тот момент, когда он становится окончательным для плательщика и получателя.

3. Данная глава составлена исходя из того, что каждое из правовых последствий, которые нередко связывают с окончательностью перевода средств, должно рассматриваться в качестве отдельной проблемы и что момент наступления этих правовых последствий определяется на основе соображений, относящихся к данной конкретной проблеме. Более того, можно высказать мнение о том, что при подготовке новых норм, регулирующих электронный перевод средств, особенно норм, регулирующих отношения между банками при внутринациональном или международном переводе средств, следует принять аналогичный подход. Поэтому, когда в данной главе говорится об "окончательности" перевода средств, следует понимать, что это означает лишь возможность наступления некоторых правовых последствий в отношении этого перевода, но что эти последствия не обязательно охватывают все правовые последствия, которые могли бы возникнуть в какой-либо конкретной правовой системе.

A. Момент, когда перевод средств становится окончательным

4. Тот момент, когда перевод средств становится окончательным или когда возникают некоторые правовые последствия, обычно связывается с каким-либо конкретным действием банка. Существует много действий банков, при которых перевод средств считается или может считаться окончательным в различных странах. В последующих пунктах разбираются некоторые наиболее важные из таких действий. Другие действия обычно являются разновидностью обсуждаемых.

I. Переводы кредитов

a) Дебетование счета плательщика

5. В одной стране (Франция) считается, что кредитные переводы в рамках одного или двух банков являются окончательными - по крайней мере в том отношении, что поручение на перевод средств больше не может быть отменено плательщиком, - после дебетования счета плательщика. Существует мнение, что перевод средств следует также считать окончательным в том случае, когда впоследствии начинается судебное разбирательство в связи с неплатежеспособностью плательщика. Доктринальное объяснение окончательности перевода средств с правовой точки зрения после дебетования счета плательщика заключается в том, что плательщик при этом теряет право собственности на эти средства. Поскольку это правило распространяется на другие последствия окончательности, оно приводит к тому, что в случае перевода в рамках одного банка с многочисленными отделениями или двух банков перевод средств может стать окончательным за несколько дней до фактического кредитования счета получателя.

6. Однако, насколько известно, ни одна страна не применяет эту аргументацию в отношении переводов, осуществляемых в рамках трех банков. Во Франции такой подход часто объясняется тем, что при переводе в рамках трех банков средства считаются находящимися в руках посредника плательщика до кредитования счета банка получателя посредническим банком, то есть до того момента, пока плательщик не утрачивает возможности отказаться от посредничества.

7. Во многих других банковских системах перевод средств не может считаться с правовой точки зрения окончательным для любых целей до того момента, пока банк получателя не сможет вынести свое суждение относительно приемлемости предлагаемого расчета. В некоторых странах неспособность банка произвести расчет в связи с переводом средств внутри страны является вполне возможным случаем, а при международных переводах средств в силу самого их характера иностранные банки плательщика могут оказаться не в состоянии выполнить свои обязательства. Однако вопрос об урегулировании расчетов не обязательно затрагивает вопрос об окончательности в тех случаях, когда структура банковской системы исключает возможность того, что банк получателя не получит расчета, в частности, когда все банки являются собственностью государства.

b) Кредитование счета банка получателя

8. Если кредитный перевод между самими банками является окончательным, когда счет банка получателя кредитуется банком плательщика или посредническим банком, или кредитуется через расчетную палату, и если кредит больше не может быть отменен путем отзыва поручения на перевод средств или в силу неспособности банка-отправителя совершить платеж, то перевод средств может считаться с правовой точки зрения окончательным с одного и того же момента как для плательщика, так и для получателя, то есть с момента кредитования банковского счета получателя. В таком случае последующее кредитование счета получателя не будет иметь последствий в отношении окончательности перевода средств. В некотором отношении аналогичный результат получается при переводе средств с помощью бумажных документов, когда банк-отправитель совершает расчет с банком получателя, направляя поручение на перевод средств совместно со своим не подлежащим отмене обязательством в виде банковского чека или банковского платежа.

c) Уведомление о кредитовании счета банка получателя

9. Вышеуказанные соображения применяются, если перевод кредита между банками является окончательным, когда уведомление о кредитовании счета банка получателя было направлено ему, и, таким образом, перевод средств будет окончательным как для плательщика, так и для получателя с момента вручения уведомления банку получателя.

d) Банк получателя решает принять перевод кредита

I0. Во многих странах с обычным правом перевод средств может стать окончательным в момент решения банка получателя принять данный перевод. Это решение может быть выражено любым действием, которое свидетельствует о таком намерении банка получателя, и будет основываться на его оценке надежности предлагаемого платежа в поддержку требуемого кредитования счета.

II. Исторически преимущество этого правила заключалось в том, что при этом перевод средств становится окончательным в самый короткий срок после того, как банк получателя получил поручение на перевод кредита и имел возможность произвести необходимую проверку. В итоге этот момент, возможно, является самым ранним моментом, приемлемым для окончательности перевода средств, при котором банк получателя получает поручение на перевод средств от иностранного государства. Недостатком этого правила является то, что в случае спора требуется в судебном порядке определить, действительно ли тот или иной служащий банка вынес субъективное суждение к определенному моменту времени, а также определение может быть сделано только в результате рассмотрения конкретных фактов в каждом отдельном случае. Правило, которое было сформулировано в прошлом впервые в отношении акцепта переводных векселей и чеков, возможно, в меньшей степени является применимым к вопросу об окончательности перевода средств в период, когда расчеты обрабатываются сериями или на постоянной основе по каналам связи.

e) Зачисление средств на счет получателя

I2. При обычных переводах средств, обрабатываемых сериями, банк получателя не принимает конкретного решения принять перевод и первым объективным актом, на который может полагаться, является запись в кредит счета получателя. Во многих правовых системах считается, что именно после этого объективного акта перевод средств становится окончательным.

I3. Вместе с тем, хотя зачисление средств на счет получателя является объективным актом, время, когда это происходит, часто бывает невозможно определить. Когда счета содержатся в визуальной форме, можно различить порядок записей в дебет и кредит счета, даже если точное время таких записей позднее определить невозможно. Когда отдельные поручения на перевод средств передаются с ЭВМ на ЭВМ и после их проверки делается бухгалтерская проводка, время

проводки может храниться в записи об этой операции. Однако для отдельных поручений на перевод средств с помощью бумажных документов и в электронной форме, обрабатываемых сериями, время обычно не регистрируется. Несмотря на то, что регистрация времени для отдельного поручения технически выполнима, можно поставить под сомнение вопрос о том, будет ли это требование желательным лишь для целей определения того момента, когда перевод средств стал окончательным. Аналогичный эффективный результат может быть достигнут, если считать, что перевод средств становится окончательным, когда серия закладывается в машину для обработки или когда она выходит из машины после обработки, а эти действия, как правило, фиксируются в регистрационном журнале.

I4. Сделанная накануне проводка с датой следующего дня может вызвать вопрос, вступает ли кредитовая проводка, сделанная не в обычные рабочие часы, в силу с правовой точки зрения немедленно или только с начала рабочего дня банка в следующий день. Хотя этот вопрос является проблемой для любой правовой системы, он будет становиться еще более острым по мере перехода банков на двадцатичетырехчасовой рабочий день не только в отношении международных банковских операций, но и в отношении потребительских банковских операций через множество терминалов, находящихся в непосредственном пользовании банковских клиентов.

I5. Бухгалтерская проводка с указанием даты начисления процентов через один или несколько дней с момента записи порождает другую проблему. Во многих странах с гражданским правом после кредитовой проводки перевод средств становится окончательным и получатель имеет безусловное право взять эти средства. Однако он не получает проценты по ним до даты начисления процентов, и если он берет средства до этой даты, он платит сбор, равный процентным ставкам на займы, с этого момента до даты начисления процентов. Поэтому в этих странах банки получателя, которые принимают перевод средств до даты платежа, то есть до указанной плательщиком даты, начиная с которой получатель может свободно взять эти средства, могут сделать запись в кредит счета немедленно с указанием даты начисления процентов, аналогичной дате платежа.

I6. В странах с обычным правом возможен другой результат. Когда при переводах указывается более поздняя дата платежа, на практике запись в кредит счета получателя не производится обычно до указанной даты, несмотря на то, что эта операция может быть введена в ЭВМ банка получателя до наступления срока платежа и до проводки. Поэтому, если окончательность платежа зависит от записи в кредит счета получателя, перевод средств не будет окончательным до дня платежа, и до этого момента средства не смогут быть получены.

f) Кредитование, подлежащее отмене

I7. В некоторых странах существует принятая банковская процедура записей о дебетовании и кредитовании счетов клиентов, которые могут быть отменены в течение определенного периода времени. Несмотря на то, что эта процедура применяется в нескольких странах, наиболее известное ее применение в отношении международного перевода средств включает переводы средств через ЧИПС в Соединенных Штатах Америки с окончательным расчетом в конце дня. Поскольку правила ЧИПС предусматривают возможность того, что один или несколько банков могут не оплатить свое чистое дебетовое сальдо, многие банки, участвующие в ЧИПС, предварительно кредитуют счета своих клиентов на сумму переводов средств по мере того, как эти переводы поступают через систему ЧИПС. Однако это кредитование может быть отменено в том случае, если не были произведены окончательные расчеты. Предварительное кредитование и переводы средств становятся безотзывными после произведения окончательных расчетов. При других видах переводов средств, при которых допускается их отмена по многим различным причинам, предварительное кредитование счета получателя может стать безотзывным после прохождения срока, в течение которого данная система допускает отмену. Хотя безотзывность и окончательность не являются синонимами, в этих случаях перевод средств обычно считается окончательным, как только кредитование становится безотзывным.

g) Уведомление, направляемое получателю

I8. В ряде правовых систем перевод средств считается окончательным, когда получателю направляется соответствующее уведомление. Моментом этого считается тот момент, когда информация о кредитовании счета получателя выходит за пределы банка.

I9. Это правило основано на практике направления уведомления о любом кредитовании счета клиента в конце рабочего дня или на следующий день. Однако, если клиенты могут делать запросы через терминалы, находящиеся в их непосредственном пользовании, относительно состояния своих счетов и последних операций по их счетам, применение этого правила может привести к выводу о том, что кредитование стало окончательным, как только была сделана проводка на счет.

В этом случае для того, чтобы сделать перевод средств окончательным, отпадает необходимость направлять получателю уведомление о кредитовании.

h) Платеж наличными

20. В тех случаях, когда банк получателя должен передать сумму наличными получателю в таком месте, как его местожительство или место работы, как это практикуется во многих ориентированных на потребителя системах перевода средств, особенно тех, которые действуют через почтовые службы, перевод средств может стать окончательным по вручении суммы наличными. Поэтому представляется, что перевод средств не будет окончательным, если получатель откажется принять эту сумму. Такой же результат может возникнуть, когда банк получателя должен держать средства для вручения получателю суммы наличными или в эквивалентной форме после того, как он удостоверит его личность.

2. Дебетовые переводы

21. Учитывая, что дебетовые переводы становятся окончательными после соответствующего действия банка плательщика, в отношении дебетования существует ряд тех же общих возможных моментов времени, когда перевод средств становится окончательным, что и в отношении кредитования. Так, перевод средств может стать окончательным, когда банк плательщика решает произвести платеж по поручению на дебетовый перевод, когда делается запись в дебет счета плательщика, когда направляется уведомление о дебетовании или когда после дебетовой проводки на счет истекло время, в течение которого дебетование могло быть отменено.

22. Однако существует важная оговорка в отношении общего совпадения моментов окончательности дебетового и кредитового переводов. Дебетовый перевод не становится окончательным в результате кредитования счета получателя. Напротив, если счет получателя кредитуется, когда поручение на дебетовый перевод сначала обрабатывается банком получателя, например, когда депонируется чек, это кредитование, как правило, будет предварительным и может быть отменено в случае отказа в выполнении поручения. Подобный результат возникает даже в тех правовых системах, в которых, как правило, банку получателя не позволяется отменить кредитование счета получателя при переводе средств.

B. Взаимосвязь между окончательностью перевода между клиентами и окончательностью перевода между банками

23. Перевод средств на счета клиентов в разных банках осуществляется путем перевода средств между банками. В тех случаях, когда расчет за дебетовый перевод производится при помощи предварительного дебетования и кредитования, перевод средств между банками становится окончательным, когда окончательным становится перевод средств между двумя клиентами. Когда расчет - производится путем отдельного перевода средств из банка плательщика, момент окончательности этого расчета может отличаться от момента окончательности перевода средств клиенту. Однако правовая система может предусматривать, что перевод средств клиенту не является окончательным и может быть отменен, если не был произведен окончательный расчет.

24. Окончательность перевода средств между банками в отличие от перевода средств между клиентами создает серьезные теоретические и практические трудности. Хотя теоретические трудности являются аналогичными для переводов средств между банками, обрабатываемых сериями (обычно мелкие суммы на каждое поручение), и переводов между банками, обрабатываемых индивидуально (нередко крупные суммы на одно поручение), практические трудности возникают почти исключительно при индивидуальной обработке переводов.

25. Переводы средств, обрабатываемые индивидуально, особенно международные переводы на крупные суммы, могут требовать участия шести-семи банков. Эти банки все могут быть расположены "в ряд", как это описано в пункте 28 главы о системах электронного перевода средств вообще, или некоторые из них могут быть компенсирующими банками. При переводе средств каждая его часть имеет большинство характеристик отдельного перевода средств между двумя банками, участвующими в данной части перевода. В документе ISO/DIS 7982 эта часть перевода называется "операцией по переводу средств". Для каждой операции по переводу средств требуется отдельное поручение на перевод и отдельный способ расчета. Однако межбанковские правила, регулирующие окончательность операции по переводу средств между банками, не являются правилами, регулирующими перевод средств в целом, частью которого является данная операция.

26. Межбанковские правила, регулирующие операцию по переводу средств, могут основываться на двустороннем соглашении между двумя банками, но они часто содержатся в общих соглашениях между банками или в правилах расчетной палаты или другой системы. Эти правила применяются независимо от того, действует ли направляющий средства банк от своего лица при осуществлении платежа (например, при осуществлении платежа в связи с операцией с иностранной валютой на свой собственный счет) или, во исполнение поручения не являющегося банком клиента банка, направляющего средства, или одного из его банков-корреспондентов. Подобным образом правила применяются независимо от того, должен ли получающий средства банк совершить кредитование под обязательство направляющего средства банка или другого банка в данной цепи, и независимо от того, должны ли средства быть зачислены на счет не являющегося банком клиента банка, получающего их, или же на счет одного из банков-корреспондентов, возможно, в ответ на кредитование счета одного из клиентов этого банка. Первоначальный источник средств, последний получатель и деловая цель перевода затрагивают содержание определенных данных в поручении на перевод средств; однако они не затрагивают процедуры перевода средств, особенно правил, регулирующих его окончательность.

27. Как указано в пунктах 8 и 9, окончательность перевода средств между плательщиком и получателем может зависеть от окончательности операции по переводу средств между банками. Тем не менее во многих правовых системах перевод средств не будет окончательным между плательщиком и получателем до соответствующего действия, принятого в отношении получателя, например, до направления получателю уведомления о кредитовании. Таким образом, между моментом, когда операция по переводу средств стала окончательной между двумя банками, и тем моментом, когда перевод средств стал окончательным между плательщиком и получателем, может пройти определенный период времени. В других правовых системах операции по переводу средств между двумя банками могут не быть окончательными до того момента, пока перевод средств между плательщиком и получателем не станет окончательным в соответствии с действующими нормами.

28. В случае операции, включающей три или более банков, различие между переводом средств от плательщика получателю и операцией по переводу средств между каждой парой банков становится еще более явным и значительным. Перевод средств на крупную сумму, включающий три или более банков, часто проходит через электронную расчетную палату, которая имеет четко определенные правила относительно момента, когда перевод становится окончательным в отношении банка, направляющего средства, и банка, получающего их. Когда и банк-отправитель, и банк-получатель являются промежуточными банками для перевода средств клиенту, эта промежуточная часть перевода средств может быть окончательной, даже несмотря на то, что перевод средств должен пройти еще через один или несколько банков, прежде чем он поступит в банк получателя.

29. Можно ожидать, что окончательность операции по переводу средств между промежуточными банками прекращает право банка-отправителя в этой передаче отозвать свое поручение на перевод средств. Следовательно, после завершения операции по переводу средств последующее получение банком-отправителем уведомления о том, что плательщик отозвал свое поручение на перевод средств, уже не может повлиять на эту операцию. По той же причине на нее уже не может повлиять уведомление о смерти плательщика, о начале судебного разбирательства дела о неплатежеспособности против него или о наложении ареста на его счет. Это предполагает, что банк-получатель при операции по переводу средств может также не нести обязательства направить своему кредитору какое-либо подобное уведомление, которое он мог получить. В этом случае правовые последствия этих различных уведомлений в отношении передачи средств в целом также могут быть прекращены окончательностью промежуточной операции по переводу средств. С тем чтобы преодолеть эти последствия, на банк плательщика или банк-отправитель можно возложить обязанность направить уведомление непосредственно банку-получателю.

30. Раннее наступление окончательности операции по переводу средств способствует также защите процесса перевода средств от невыполнения промежуточным банком расчета по этой операции. Этот вопрос обсуждается в пунктах 97-99, ниже, и в приложении.

C. Технологические изменения, затрагивающие окончательность перевода средств

31. Даже до появления современных электронных методов перевода средств изменения в технике, применявшейся для обработки поручений на перевод средств в форме бумажных документов, затрагивали нормы, регулирующие окончательность перевода средств.

I. Индивидуальная обработка поручений в форме бумажных документов

32. Традиционные правила, регулирующие окончательность, были разработаны в контексте индивидуальной обработки поручений на перевод средств в форме бумажных документов. Эти правила основываются на четырех фактических предпосылках, являющихся более или менее общими для большинства банковских систем. К числу таких предпосылок относятся следующие:

a) Счета велись в доступной и видимой форме в банке или его отделении, в котором открыт счет. Для целей правил, регулирующих окончательность (а также правил, регулирующих период времени, в течение которого банк должен совершить определенные действия), соответствующие действия производились в этом отделении.

b) Каждое поручение на перевод средств обрабатывалось как в банке-отправителе, так и в банке-получателе индивидуально, а не как часть серии.

c) Поток работы требовал, чтобы поручения были проверены и зарегистрированы в том порядке, в каком они поступили в отделение, и обработаны с помощью обычной процедуры, который завершался проводкой на счета и направлением уведомлений в случае необходимости. В любой момент можно было узнать, какие меры проверки или решения были предприняты в отношении данного поручения на перевод средств, и обратившись к счетам, всегда можно было узнать, в каком порядке поручения были получены и выполнены.

d) Объем операций был достаточно небольшим, чтобы можно было принять все необходимые меры для выполнения или отказа в выполнении поручений на перевод средств в день их получения. Правила расчетной палаты часто требовали возврата любых подлежащих возврату документов, например неисполненного поручения на дебетный перевод, в тот же день, и правила об окончательности часто позволяли делать строго в тот же день, но не позднее. Иногда устанавливался последний срок для поручений, получаемых слишком поздно, чтобы можно было обработку их произвести в тот же день. В таких случаях поручения, поступающие после этого контрольного срока, можно было рассматривать как полученные на следующий день.

2. Обработка сериями

33. Применение метода обработки поручений сериями меняет ряд фактических предпосылок, на которых часто основывались традиционные правила об окончательности.

a) С целью достижения эффективности, возможной при обработке сериями большого числа операций были созданы централизованные механизмы обработки данных. При этом счета уже не содержатся в отдельных отделениях банка. Функции по выполнению соответствующих действий, ведущих к выполнению поручения или к отказу в его выполнении, часто распределяются между центром по обработке данных и отделениями.

b) Для того чтобы создать однородные серии с необходимыми характеристиками, поручения могут собираться и периодически доставляться в механизм по обработке данных, причем в некоторых случаях только в конце дня. Поручения на перевод средств, которые должны быть выполнены в какой-либо указанный день, могут направляться до срока зачисления в автоматическую расчетную палату или банк получателя для предварительной обработки. Уже не существует установленной взаимосвязи между моментом, когда поручение на перевод средств было получено банком получателя, когда прямо или косвенно принимается решение выполнить его, когда делается запись на счет и когда перевод средств вступает в силу. Правила об окончательности, основывающиеся на этой установленной взаимосвязи, становится трудно применять на практике.

c) Обработка сериями предназначена для недорогостоящей обработки большого числа операций, а не для ускорения их обработки. Перевод средств, который должен быть осуществлен в какой-либо конкретный день, может быть обработан заранее банком плательщика, автоматической расчетной палатой или банком получателя, что зачастую происходит за много дней до установленной даты. Поручение на немедленный перевод средств, полученное в течение дня, может быть обработано вечером того же дня. Только на следующий день банковские служащие, ответственные за счета клиентов, получат отпечатанные результаты, показывающие запись операций и новое сальдо по счетам. Поэтому правила относительно завершения выполнения поручения, предусматривающие осуществление всех действий в течение дня его получения, может оказаться трудно соблюсти при применении метода обработки сериями.

3. Обработка данных на ЭВМ

34. При обработке данных на ЭВМ вновь появляются некоторые аспекты ранее применявшейся процедуры, при которой поручения обрабатывались индивидуально. Когда банк обрабатывает переводы средств на ЭВМ, его компьютер проверяет подлинность поручения и состояние обрабатываемых счетов и одновременно производит зачисления в дебет и кредит счетов, будь то предварительно или окончательно. В результате обработки данных на ЭВМ:

a) Зачисления с помощью ЭВМ в дебет и кредит счетов из многочисленных отделений банка, а также из других терминалов снимает с правил, регулирующих окончательность (и сроки), ранее существовавшие ограничения, связанные с физическим местом регистрации записей в счетах.

b) Отдельные переводы средств обрабатываются в банке, и записи производятся как отдельные позиции; при этом нет необходимости ждать накопления серий с соответствующими характеристиками или доставки поручений в центр по обработке данных. Записи в счетах постоянно отражают порядок операций, обработанных с помощью ЭВМ, включая их точное время, если в этом есть необходимость.

35. В тех случаях, когда система обработки данных на ЭВМ предусматривает зачисление средств непосредственно в дебет и кредит соответствующих счетов, положение в отношении правил об окончательности, по-видимому, будет таким же, как при зачислении, осуществляемом традиционным способом регистрации с помощью бумажных счетов, т.е. определение окончательности перевода средств для любой цели будет зависеть от того, предусматривает ли соответствующее правило что перевод средств становится окончательным при зачислении в дебет или кредит счета или же в другой момент.

36. В других случаях при системе обработки данных на ЭВМ средства зачисляются в дебет и кредит временных счетов. Эти счета могут впоследствии суммироваться с обычными счетами по завершении межбанковских расчетов или в другой момент по решению банка. Тем временем ЭВМ может быть запрограммирована таким образом, чтобы показывать предварительный, а не обычный счет в случае запроса относительно сальдо или операций по счету, и таким образом, о наличии предварительных счетов может быть неизвестно даже многим служащим банка. Однако до тех пор, пока дебеты и кредиты не будут суммированы на обычных счетах, перевод средств не будет окончательным в соответствии с правилами, которые основываются на моменте зачисления.

37. При совместном применении ЭВМ и обработки поручений сериями трудно устанавливать очередность между различными переводами средств на основе момента зачисления средств в дебет или кредит счетов. Можно также отметить, что поручения на перевод средств, обрабатываемые ЭВМ в банке-отправителе, тем не менее могут передаваться не через ЭВМ сериями другому банку или в автоматическую расчетную палату. В этом случае банк-получатель, возможно, будет обрабатывать поручения сериями.

4. Терминалы, находящиеся в непосредственном пользовании банковских клиентов

38. Терминалы, находящиеся в непосредственном пользовании банковских клиентов, не подключенные к ЭВМ, хранят данные об операциях в запоминающих устройствах ЭВМ для дальнейшей обработки сериями. В большинстве случаев будут применяться обычные правила об окончательности, действующие при обработке сериями поручений на перевод средств. Однако при выдаче наличных денег из автоматического устройства, подключенного или не подключенного к ЭВМ, перевод средств, по-видимому, будет считаться окончательным в момент изъятия наличных средств. В этом случае дебетование счета клиента будет представлять собой только осуществление акта регистрации. Это будет соответствовать правилам, регулирующим момент окончательности чеков или поручений на кредитовый перевод, платеж по которым производится наличными.

39. Хотя система подключенных к ЭВМ устройств, расположенных в местах продажи, позволяет сразу же производить зачисление средств в кредит счета продавца (получателя),и дебет счета покупателя (плательщика), при использовании некоторых таких систем, позволяющих проводить проверку при помощи ЭВМ подлинности поручений на перевод средств и сальдо счетов плательщиков, дебетование счета плательщика задерживается на один или несколько дней, с тем чтобы обеспечить ему такую же задержку в дебетовании, которая имела бы место, если бы он уплатил продавцу чеком. Кредитование счета продавца может также быть отложено на некоторый период времени, который может быть таким же, как и для дебетования счета плательщика. Таким образом, во многих правовых системах применение обычных правил приводит к выводу о том, что перевод средств не является окончательным до наступления соответствующего срока зачисления.

40. Если задерживается только дебетование, то в соответствии с некоторыми правилами об окончательности перевод средств будет считаться окончательным в случае кредитового перевода, но не дебетового перевода. Обратный результат возникает в том случае, если задерживается кредитование. Определение того, был ли перевод средств дебетовым или кредитовым переводом, может в свою очередь зависеть от того, прошло ли поручение на перевод средств из терминала, расположенного в месте продажи, сначала через банк покупателя (кредитовый перевод) или через банк продавца (дебетовый перевод), Однако, если поручение на перевод средств поступает на пульт, который одновременно направляет кредит в банк продавца и дебет в банк покупателя, перевод средств больше не классифицируется как дебетовый перевод или как кредитовый перевод, и эта аналитическая основа для определения окончательности не может быть использована.

5. Гарантия оплаты банком плательщика

41. Системы кредитных карточек, системы гарантированных чеков, такие как "Еврочек" и электронные системы терминалов, расположенных в местах продажи, при которых происходит задержка дебетования, обычно предусматривают, что при соблюдении требуемых процедур счет получателя продавца будет кредитоваться на сумму поручения на дебетовый перевод, даже в том случае, если поручение было мошенническим. Такие процедуры включают требование о том, чтобы плательщик должным образом удостоверил свою личность, и может включать требование о том, чтобы получатель (продавец) получил санкцию от банка индоссанта (или от соответствующей системы) до начала операции.

42. Гарантия платежа создает "правовой гибрид" в области права, регулирующего перевод средств. Прямой результат гарантии заключается в том, что банк плательщика несет твердое обязательство во исполнение договорных условий перед получателем и банком получателя совершить платеж в соответствии с поручением на дебетовый перевод по его представлении. Дополнительный необходимый элемент в договорных условиях заключается в том, что плательщик отказывается от любого права, которое он имел бы в соответствии с применимым правом, регулирующим перевод средств, отозвать поручение на дебетовый перевод. Там, где законодательство, касающееся потребителя, защищает право плательщика отзывать поручение на дебетовый перевод в течение некоторого периода времени и тем самым в течение этого срока банк плательщика не может окончательно дебетовать его счет в связи с этим поручением, гарантия банка плательщика получателю и банку получателя в любом случае должна быть ограничена аналогичным образом.

43. Вместе с тем,в тех случаях,когда гарантия банка плательщика является полной и безотзывной, правовая ситуация может считаться эквивалентной той, которая возникает после акцепта переводного векселя (или после удостоверения чека в тех странах, где это разрешается). Более того, правовая ситуация будет аналогична той, которая существует во многих правовых системах, где перевод средств становится окончательным в тот момент, когда банк плательщика окончательно связал себя обязательством совершить расчет с банком получателя, например путем выдачи банку получателя своего собственного безотзывного поручения на перевод средств, такого как банковский чек или банковский платеж. Если проводить такое сравнение,могут возникнуть другие последствия, связанные с окончательностью, вытекающие из гарантии оплаты, например сумма на счете плательщика, подлежащем аресту, будет уменьшена на сумму гарантированного перевода даже в том случае, если счет еще не дебетовался.

6. Карточки-микросхемы

44. Поскольку использование микросхем при переводе средств еще не получило широкого распространения, о влиянии этой новой техники на правила, касающиеся окончательности перевода, можно говорить только предположительно. В то же время складывается впечатление, что если карточка-микросхема используется лишь как более надежное - по сравнению с ныне существующими - средство определения плательщика, непосредственного влияния на законы, регулирующие перевод средств, включая правила, касающиеся окончательности перевода, она не окажет. Это справедливо независимо от того,осуществлялся ли перевод средств непосредственно через ЭВМ или не через ЭВМ. Аналогичным образом, если используется система, непосредственно подключенная к ЭВМ, и микросхема запрограммирована на выдачу разрешений на определенное число закупок (разумеется, при гарантии оплаты банком плательщика), однако дебетование счета плательщика и кредитование счета получателя производится только после осуществления закупки,представляется, что правилами, регулирующими окончательность перевода, будут те, которые применяются в том случае, если существует гарантия оплаты.

45. С третьей процедурой перевода средств с использованием карточек-микросхем связаны более сложные вопросы, в том что касается соответствующих правил об окончательности. При этой процедуре карточки-микросхемы на определенную сумму выдаются банком плательщика. Плательщик может перевести наличные в банк плательщика,но обычно его счет дебетуется на эту сумму в момент загрузки карточки. По мере использования микросхемы для закупки товаров и услуг, сумма средств, указанная в микросхеме, сокращается при помощи имеющихся у продавцов терминалов, расположенных в местах продажи. Счет получателя (продавца) кредитуется банком получателя либо непосредственно через ЭВМ, либо, что более вероятно, не через ЭВМ на сумму покупки. Таким образом, при этой процедуре весь процесс перевода средств состоит из двух этапов: загрузки микросхемы данными о денежной сумме и использования суммы микросхемы для закупки товаров и услуг. Эти два этапа можно рассматривать как две отдельные операции или как одну операцию, происходящую в два различных момента времени. При любом из этих подходов кредитование счета получателя становится окончательным в одно и то же время, то есть только в момент покупки товаров и услуг или в какой-либо момент позднее. Однако дебетование счета плательщика можно считать окончательным либо в момент загрузки микросхемы данными о денежной сумме и дебетования счета, либо в момент использования микросхемы для покупки товаров и услуг.

46. С одной стороны, дебетование счета плательщика можно считать окончательным, не принимая во внимание использование им микросхемы, если ее загрузка банком плательщика и соответствующее дебетование счета плательщика рассматривать как операцию, эквивалентную снятию плательщиком со счета наличных средств или как продажу ему дорожных чеков или неденежных знаков для использования в общественном транспорте или общественной телефонной сети. Хотя плательщик сохраняет у себя ту же денежную стоимость, она приобретает иную форму.

47. С другой стороны, микросхема может рассматриваться как особая форма счета плательщика в банке плательщика. Если операцию рассматривать с этой точки зрения, микросхему можно считать либо отдельным счетом, либо особой формой первоначального счета. Если микросхема рассматривается как отдельный счет дебетование первоначального счета будет окончательным после загрузки микросхемы. Дебетование счета, содержащегося на микросхеме, осуществляемое в связи с покупкой товаров и услуг, по всей видимости, будет окончательным в момент покупки, когда остающаяся на микросхеме сумма, которая может быть использована плательщиком, была сокращена терминалом пункта продажи. Если микросхема является особой формой первоначального счета, дебетование первоначального счета будет окончательным в момент покупки. В любом случае неиспользованная сумма на микросхеме будет представлять собой требование клиента к банку. Представляется, что банк может засчитать его требования в счет этой суммы. Более того, на эту сумму, по-видимому, распространяется любое наложение ареста на требования клиента к банку, и, таким образом, банк будет обязан принять меры по предотвращению дальнейшего использования карточки-микросхемы.

7. Передача поручений на перевод средств при помощи средств связи между ЭВМ

48. Передача поручений на перевод средств между банками при помощи средств связи между ЭВМ сама по себе не оказывает влияния на применимость правил, регулирующих окончательность переводов. В то же время расширяющиеся возможности для использования средств связи между ЭВМ и уменьшение стоимости такой связи стало одной из причин значительного расширения объема переводимых средств в особенности в сетях, оперирующих значительными суммами. Например, использование клиентами средств выдачи и получения наличности привело к возникновению таких форм перевода средств, которых не существовало прежде. В результате перед банковской системой и всей экономикой возникает возрастающая опасность, связанная с большим числом переводов средств, не являющихся окончательными. Некоторые меры, нацеленные на решение этой проблемы, рассматриваются в пунктах 97-99 и в Приложении к настоящей главе.

D. Последствия, связанные с окончательностью

I. Общие правила, предоставляющие приоритет переводу средств

49. Существует ряд общих правил, дающих получателю права на кредитование в связи с переводом средств до того, как перевод стал окончательным. Наиболее содержательным из этих общих правил является правило, принятое во Франции, согласно которому выдача чека означает перевод суммы в счет будущего платежа держателю чека (то есть получателю). В результате применения этого правила получатель обычно имеет преимущество перед выдвигающей претензии третьей стороной, чьи претензии к счету плательщика были выдвинуты после выдачи чека. Однако, несмотря на то, что получатель имеет преимущество перед выдвигающей претензии третьей стороной, сам по себе перевод средств не является окончательным до оплаты чека.

50. Согласно другому общему правилу более ограниченного содержания, банку плательщика или банку-посреднику позволяется завершить перевод средств, если он взял на себя безотзывное обязательство принять к оплате поручение плательщика. Это может произойти, например, в случае акцепта банком переводного векселя (или в случае удостоверения чека, если это допускается соответствующим законодательством). Это может также произойти, когда банк плательщика осуществляет расчеты в связи с переводом средств путем принятия на себя безотзывных обязательств осуществить платеж, например, в форме банковского чека или банковского платежа. Политика, лежащая в основе этого правила, заключается в том, что банк, взявший на себя обязательство принять к оплате поручение на перевод средств или осуществить связанные с этим расчеты, должен иметь возможность возместить свои расходы из счета плательщика, несмотря на вмешательство, связанное с возникновением прав третьей стороны в связи со счетом. Такая политика, по-видимому, применима также к переводу средств через расчетную палату, если банк-отправитель гарантирует получающему банку осуществление расчета, а также к системам гарантий платежа в связи с поручениями на дебетовый перевод, о которых говорилось в пунктах 41-43.

2. Особые случаи коллизий в отношении приоритета

а) Влияние на перевод средств юридических прав третьих лиц

51. Юридические правила, регулирующие влияние на счет плательщика таких событий, как его смерть, возбуждение против него судебного разбирательства в связи с неплатежеспособностью или наложение ареста на его счет, в основном или полностью не входят в законодательство, регулирующее перевод средств. Из этих юридических правил возникают права третьих лиц, которые могут противоречить правам, заявленным получателем. В результате часто бывает трудно согласовать правовые нормы, регулирующие права третьего лица, и правовые нормы, регулирующие перевод средств.

52. Коллизия в отношении приоритета между правом третьего лица и правами, вытекающими из перевода средств, может возникать различными путями. Самым непосредственным источником коллизии является противоречие между претензиями, выдвинутыми третьим лицом, и заявлением получателя о том, что перевод средств был окончательным до возникновения права третьего лица. Если получатель уже использовал кредит, его требование может быть подтверждено банком получателя. Во многих случаях немедленно возникает коллизия, когда третья сторона выдвигает претензию, а банк плательщика заявляет, что права третьей стороны в отношении счета плательщика возникли уже после того, как средства были переведены с этого счета. Это положение имеет особое значение для банка плательщика, так как маловероятно, чтобы он смог взыскать эти средства с получателя.

i) Смерть плательщика

53. В некоторых правовых системах смерть плательщика может вызвать прекращение в момент наступления смерти всех полномочий действовать от его имени или согласно его указаниям. Хотя это правило часто толкуется как автоматическое прекращение агентских отношений между плательщиком и банком или банками, осуществляющими перевод средств, оно также по-видимому применимо в тех правовых системах, где банк или банки, осуществляющие перевод средств в соответствии с поручениями плательщика, не рассматриваются как его агенты. Однако во многих правовых системах полномочия банка прекращаются лишь после его уведомления о смерти. Более того, поскольку в подавляющем большинстве случаев плательщик платежеспособен в момент смерти и перевод средств обычно осуществляется с целью выполнения обязательства, которое необходимо выполнить даже после его смерти, в некоторых правовых системах банку плательщика разрешается продолжать принимать к оплате поручения плательщика на перевод средств в течение определенного периода даже после уведомления о его смерти до тех пор, пока не получено указание о прекращении этой операции со стороны наследника или, в некоторых странах, любого лица, выдвигающего претензию к счету.

ii) Возбуждение судебного иска против плательщика в связи с неплатежеспособностью

54. Возбуждение судебного иска против плательщика в связи с неплатежеспособностью создает более сложную правовую ситуацию, чем его смерть, в связи с тем, что в различных странах существуют самые разнообразные правила, регулирующие проблему неплатежеспособности. С особенно значительными правовыми проблемами сталкивается получатель, не проживающий в стране, где разбирается иск против плательщика в связи с неплатежеспособностью. В то же время существует нечто общее с правовой ситуацией, вызванной смертью плательщика, а именно то, что

возбуждение судебного иска как правило прекращает полномочия банка плательщика принимать к оплате поручения на перевод средств, еще не ставшие окончательными. В связи с ярко выраженной тенденцией сохранять оставшиеся средства банкрота для распределения среди кредиторов в соответствии с установленными законом приоритетами в некоторых странах после возбуждения судебного иска в связи с неплатежеспособностью банк плательщика теряет право принимать к оплате поручения на перевод средств даже в том случае, если банк не уведомили об этом судебном разбирательстве.

iii) Неправоспособность плательщика

55. Плательщик может еще не обладать правоспособностью давать поручения на перевод средств или может потерять правоспособность в связи с осуждением его за совершение определенных преступлений, объявлением его душевнобольным, заявлением об управлении имуществом несостоятельного должника или по аналогичным причинам. В случае, если правовая недееспособность возникает из-за несовершеннолетия, объявления душевнобольным или в результате сходных причин, стремление защитить недееспособное лицо от последствий его собственных действий может потребовать аннулирования перевода средств, который в противном случае был бы окончательным. В случае, если плательщик является неправоспособным по причине осуждения за совершение преступления, представляется нецелесообразным запрещать получателю воспользоваться переводимыми средствами.

iv) Наложение ареста на счет плательщика

56. Наложение ареста на счет плательщика обычно вступает в силу после извещения банка плательщика. За исключением случая выдачи чека во Франции, в результате чего держателю чека передается сумма в счет будущего платежа, наложение ареста обычно имеет приоритет над дебетовым переводом, который еще не стал окончательным до начала судебного разбирательства. Однако в тех случаях, когда счет плательщика первоначально был дебетовым в предварительном порядке, может быть поздно накладывать арест на счет в период, когда возможно аннулирование операции, хотя перевод средств может еще не считаться окончательным.

57. В случае кредитового перевода в некоторых правовых системах считается, что если счет уже дебетован, то начало судебного разбирательства не может служить основанием для аннулирования операции, поскольку оно произошло слишком поздно. Однако в других правовых системах, поскольку кредитовый перевод не будет считаться окончательным лишь в результате дебетования счета плательщика, кредитование может все же рассматриваться как подпадающее под судебное разбирательство. В таком случае банк плательщика должен будет предпринять соответствующие усилия, с тем чтобы предотвратить завершение перевода кредита путем извещения банка получателя о судебном разбирательстве.

58. Сложные вопросы могут возникнуть в отношении обязательства банка плательщика в связи с переводом средств через банк-посредник. Поскольку банк плательщика знает банк получателя и все подробности, касающиеся перевода, он может направить уведомление непосредственно банку получателя. Однако, поскольку в случае использования банка-посредника отсутствует прямая связь между банком плательщика и банком получателя, может быть не вполне ясно, какое обязательство банк получателя должен выполнять по получении уведомления, направленного банком плательщика. Эти проблемы могут быть особенно трудными в случае международного перевода средств, когда банк плательщика и банк получателя могут руководствоваться различными правилами об окончательности перевода и когда промежуточные этапы перевода средств могут стать окончательными в соответствии с правилами, регулирующими операции по переводу средств между банками-посредниками.

59. В результате можно ожидать, что на банк плательщика следует возложить обязательство предпринять соответствующие усилия с целью недопущения завершения перевода средств или, если такие усилия не были предприняты, доказать, что они все равно были бы безуспешными.

v) Отзыв плательщиком поручения на перевод средств

60. В соответствии с общими правовыми принципами, лицо может отзывать (или аннулировать) поручения или полномочия, которые он дал другому лицу, до того, как поручения или полномочия были выполнены. Согласно этим принципам в некоторых странах плательщик может отзывать из банка плательщика полномочие принять к оплате поручение на перевод средств до того момента, пока перевод не станет окончательным. Однако эти полномочия или поручения могут быть безотзывными, если прямо указано, что они являются таковыми. В тех случаях, если поручение было

сделано в пользу третьего лица, право принципала отозвать полномочия может быть ограничено в целях защиты интересов агента или третьего лица. В связи с этим, поскольку постоянное поручение на дебетование счета может быть сделано в интересах получателя, плательщику может потребоваться согласие получателя для отзыва поручения или получателю может потребоваться соответствующее уведомление с тем, чтобы он мог быть уверен в получении причитающихся ему средств. Когда бенефициаром является сам банк, полномочия на дебетование могут быть безотзывными без согласия банка.

61. Отзыв плательщиком поручения на перевод средств создает для банка плательщика множество проблем, сходных с теми, которые возникают при отзыве полномочий на принятие к оплате поручения на перевод средств в связи с возникновением прав третьей стороны. В обоих случаях банк плательщика должен уведомить свой персонал об отзыве полномочий и, в случае кредитового перевода, он возможно будет должен попытаться уведомить банк получателя о том, чтобы последний не кредитовал счет получателя.

b) Уведомления, направляемые банку

62. В правилах, прекращающих полномочия банка на проведение операции после получения банком уведомления, может также указываться форма уведомления и та информация, которая должна в нем содержаться; в нем также может быть указано лицо, получающее уведомление, направляемое банку, а также то, затрагивает ли немедленно получение уведомления имеющиеся у банка полномочия на осуществление операции или же банку предоставляется определенное время для распространения этого уведомления среди своих сотрудников.

63. В некоторых правовых системах устного уведомления о смерти, начале судебного разбирательства в связи с неплатежеспособностью или об отзыве поручения на перевод средств может быть достаточно для того, чтобы банк прекратил любую осуществляющуюся операцию по переводу средств. Устное уведомление может иметь силу в течение ограниченного периода времени и подлежать подтверждению последующим письменным уведомлением. В большинстве правовых систем письменное уведомление об отзыве поручения на перевод средств может быть неофициальным и может быть передано при помощи средств телесвязи. Уведомление о наложении ареста на счет всегда является официальным правовым письменным документом.

64. В уведомлении, направляемом банку плательщика, о прекращении всех переводов средств, осуществляемых определенным плательщиком, необходимо лишь точно указать счет или счета, на которые распространяется данное уведомление. В случае кредитового перевода, при котором от банка плательщика может потребоваться уведомить другие банки о смерти клиента, начале судебного разбирательства в связи с неплатежеспособностью или наложении ареста на счет, банк плательщика сам должен иметь всю соответствующую информацию.

65. Направляемое плательщиком уведомление об отзыве одного или нескольких конкретных поручений на перевод средств, должно быть более точным, поскольку в нем должны быть достаточно точно указаны соответствующее поручение или поручения на перевод средств, а также счета. Такое требование может вызвать серьезные трудности в том случае, когда в отношении одного и того же счета сделано большое количество поручений или когда данные о счете занесены в ЭВМ. Уведомления, содержащего типографскую или иную ошибку, может быть тем не менее достаточно для того, чтобы насторожить банковского служащего, работающего с данными о счетах, изложенными в письменных документах. В то же время, поскольку данные по многим поручениям на перевод средств сходны в том случае, если введенное в ЭВМ уведомление об отзыве в точности не соответствует во всех существенных деталях поручению на перевод средств, ЭВМ может быть в состоянии распознать соответствующее поручение только лишь путем первоначальной отсортировки всех поручений на перевод средств, сходных с отзываемым, и передачи каждого из них на рассмотрение служащему банка. Такая процедура может оказаться чрезмерно дорогостоящей.

66. Любое из рассматриваемых уведомлений банку может иметь юридическую силу лишь с того момента, когда оно вручается банку. В тех случаях, когда банк имеет несколько отделений, может требоваться направлять уведомление тому отделению, где открыт счет. Если соответствующим лицом, получающим уведомление, не является именно тот сотрудник, который должен предпринять действия в соответствии с ним, банку потребуется определенное разумное время для передачи уведомления внутри банка, прежде чем оно окажет какое-либо практическое влияние вне зависимости от того, вступило ли оно в силу до этого момента с правовой точки зрения. Далее, если для выполнения инструкций, содержащихся в уведомлении, необходимо передать его другим банкам, на это потребуется дополнительное время. Время, необходимое для передачи уведомления внутри банка или в другой банк, может быть учтено в законодательстве при определении момента вступления в силу данного уведомления.

67. Время, которое должно быть предоставлено банку для передачи уведомления, прежде чем это уведомление вступит в силу, может быть указано только в общих чертах, например, оно может быть определено как время, которое при нормальных условиях потребуется любому банку для того, чтобы сообщить об уведомлении, или как время, которое при нормальных условиях требуется банку для передачи сообщения с учетом существующей в банке внутренней системы связи. Повсеместное создание в банках системы прямого доступа через ЭВМ к информации, касающейся счетов клиентов, сократит время, предоставляемое всем банкам для передачи сообщений об уведомлениях.

68. Одним из последствий электронной обработки поручений на перевод средств сериями является уменьшение вероятности того, что банк (или электронная расчетная палата) будет в состоянии прекратить обработку определенного поручения на перевод средств после получения соответствующего уведомления. Поскольку большинство таких систем по обработке поручений сериями не позволяют при небольших затратах осуществлять поиск конкретных поручений, в электронных расчетных палатах часто не позволяется отзыв поручения после того, как эти данные были переданы в запоминающие устройства ЭВМ, хотя некоторые из них позволяют отзыв в течение определенного периода времени до начала обработки. Аналогичным образом правила, регулирующие представление поручений на дебетовый перевод в соответствии с постоянными полномочиями на дебетование, часто не позволяют отзывать полномочия в течение определенного периода времени до запланированного представления поручения на дебетовый перевод. В то же время, если серия поручений на перевод средств занесена на оптический диск, вышеперечисленных трудностей, связанных с поиском конкретных поручений на перевод средств, более не существует. В результате стало технически возможным отзывать поручения в течение более продолжительного периода времени. Эта новая техническая возможность может быть учтена в правилах, регулирующих время, до которого поручение на перевод средств может быть отозвано плательщиком или банком плательщика.

3. Отмена ошибочных переводов средств

69. После того как банк дебетовал счет плательщика или кредитовал счет получателя, он может впоследствии узнать, что он совершил ошибку, осуществив перевод средств, или что иной банк или другой участник перевода средств сделал такую ошибку. Возникает вопрос о том, может ли банк исправить ошибку или же он не имеет права сделать это вследствие того, что перевод средств является окончательным.

70. Правовые нормы, позволяющие отсрочить тот момент, в который перевод средств становится окончательным, дают банкам дополнительное время для обнаружения ошибки и для отказа в платеже по поручениям до того, как перевод станет окончательным. Как отмечалось выше, одним из средств, позволяющим отсрочить окончательность перевода, является предоставление банкам возможности произвести дебетование и кредитование в предварительном порядке прежде чем банк проверит подлинность поручения на перевод средств, точность обработки данных и заверение о получении денежной суммы от своего дебитора. После того как перевод средств стал окончательным, отмена осуществленного банком дебетования или кредитования подвергается различным ограничениям.

а) Отмена дебетования по требованию плательщика

71. Банк плательщика, получивший уведомление о том, что при выдаче поручений на перевод средств был совершен обман, обычно несет ответственность за потери, вызванные тем, что он в результате совершил платеж по этим поручениям. В то же время банк плательщика не обязан отменять дебетование счета плательщика в отношении тех переводов средств, которые уже стали окончательными. В таких случаях интересы банка в большей или меньшей степени защищаются законодательными принципами широкого применения, согласно которым ответственность за потери плательщика и банка либо целиком, либо частично ложится на плательщика. Например, если из-за недобросовестности одного из служащих плательщика было выдано несколько мошеннических поручений на перевод средств, плательщик может иметь право дать указание банку платить по тем поручениям, которые еще не были оплачены, но он не имеет права требовать от банка отменить дебетование его счета в отношении тех поручений, по которым платеж уже совершен.

72. Особая проблема возникает в том случае, когда плательщик уведомляет банк плательщика в соответствующей форме и в соответствующее время о том, что он отзывает поручение на перевод средств, однако банк плательщика впоследствии ошибочно совершает по нему платеж. Разновидность этой проблемы возникает, когда банк плательщика уже направил поручение на кредитовый перевод следующему банку в цепи до того, как плательщик отменил свое поручение, а банк не предпринял необходимых шагов для того, чтобы предотвратить платеж банком получателя. Даже

если плательщик действовал, возможно, в соответствии с правовыми нормами, можно считать, что выдача им поручения на перевод средств и его последующий отзыв создает такое положение, когда банк плательщика подвержен повышенному риску ошибки. Далее, если плательщик задолжал получателю переводимую сумму,во многих правовых системах завершение перевода средств рассматривается как выполнение этого обязательства, даже несмотря на то, что правовые нормы позволяют плательщику отозвать свое поручение до совершения платежа по нему.

73. При одном из подходов к такой ситуации особое внимание уделяется тому, что банк должен следовать соответствующим инструкциям своих клиентов. Поэтому, когда поручение на перевод средств отзывается в должное время и в должной форме, банк плательщика должен отменить любое дебетование счета плательщика. Кроме того, поскольку никакой суммы со счета плательщика переведено не было, должно быть также отменено любое уже осуществленное кредитование счета получателя. В противном случае плательщик выполнит свое обязательство перед получателем без платежа по нему. При отмене как дебетования счета плательщика, так и кредитования счета получателя, положение всех сторон будет аналогичным тому, в котором они оказались бы, если бы банк плательщика выполнил указание плательщика об отзыве поручения на перевод средств. В то же время, если перевод средств осуществлялся с целью выполнения действительного обязательства плательщика перед получателем, это обязательство останется в силе и должно будет быть выполнено путем последующего перевода средств. Поэтому, согласно второму подходу, хотя банк плательщика должен в принципе быть обязанным отменить дебетование счета плательщика, он может не отменять дебетование счета плательщика, если он в состоянии доказать, что получатель в отличие от плательщика имел право удержать эти средства.

b) Возмещение кредитования при дебетовом переводе по требованию банка плательщика

74. За исключением относительно небольшого числа поручений на дебетовый перевод, которые направляются банку плательщика только на инкассо, банк плательщика обычно выдает банку-предъявителю предварительный кредит на все предъявленные поручения на дебетовый перевод. Такое предварительное кредитование не означает окончательности перевода средств. Таким образом, предварительное кредитование может быть отменено, если в оплате поручения на дебетовый перевод было отказано в соответствующей форме и в допустимый срок.

75. Далее, в подавляющем большинстве случаев, когда банк плательщика может отказать в платеже по поручению на дебетовый перевод, выданному в письменной форме, он имеет право взыскать кредит с банка-предъявителя (и, следовательно, с получателя) даже несмотря на то, что перевод средств стал окончательным. Наиболее важное исключение состоит в том, что в большинстве стран банк плательщика не может взыскать кредит, который стал окончательным, на том основании, что в момент дебетования счета плательщика сальдо было недостаточным. Кроме того, в странах с общим правом, а также в некоторых странах с гражданским правом банк плательщика не может отменить кредитование каких-либо добросовестно действующих сторон при платеже по чеку или переводному векселю, на котором стоит поддельная подпись его клиента как трассанта. В этих странах устранение чеков за счет представления поручений в электронной форме вызывает вопрос, будет ли банк плательщика связан этим общим правилом или же следует изменить законодательную норму, для того, чтобы снять с банка плательщика такую ответственность.

76. Эта последняя проблема возникает в несколько иной форме в связи с дебетовыми переводами, осуществляемыми в соответствии с постоянными полномочиями на дебетование. Если полномочия выдаются банку получателя или получателю, причем в некоторых странах оба эти случая являются распространенной практикой, банк плательщика не имеет возможности узнать, было ли должным образом оформлено поручение на дебетовый перевод, до тех пор пока плательщик не выдвинет претензию в отношении дебетования его счета после получения отчета об операциях с его счетом за данный период времени. Поэтому при такой системе банк получателя обычно гарантирует банку плательщика должным образом оформленное поручение на дебетовый перевод и возмещение им банку плательщика любых переводов, в отношении которых возникнут претензии. В свою очередь получатель обязан гарантировать возмещение банку получателя.

c) Возмещение кредитования при кредитовом переводе

77. Во многих правовых системах, после того как перевод средств стал окончательным, банк получателя не может отменить кредитование счета получателя на том основании, что он не получил расчета. Если в тот момент, когда банк получателя предоставляет кредит получателю, существуют какие-либо сомнения в отношении того, будет ли произведен расчет, кредитование может быть осуществлено в предварительном порядке или же могут быть использованы другие средства с тем, чтобы перевод средств не стал окончательным.

78. В некоторых странах, где кредитовый перевод не является обычной процедурой перевода средств между банками, высказывались сомнения по вопросу о том, существуют ли соответствующие правовые теории, позволяющие банку получателя взыскать с получателя кредит, предоставленный по ошибке. Ошибочное кредитование происходит, например, в таких случаях, когда банк получателя осуществляет кредитование на бо́льшую сумму, чем это необходимо, когда он осуществляет кредитование по одному переводу дважды или кредитует не тот счет. Тем не менее в большинстве правовых систем очевидно, что, как правило, кредитование, осуществленное по ошибке, может быть взыскано банком получателя. В некоторых правовых системах банк имеет право исправить ошибочно сделанные кредитовые проводки путем дебетования счета получателя даже несмотря на то, что кредитование стало окончательным, однако он может исправлять ошибки, сделанные плательщиком или банком, направляющим поручение, только с прямого согласия получателя.

d) Право банка возместить сумму кредитования путем сторнирования

79. В некоторых странах банк имеет право возвратить сумму кредитования, сделанного ошибочно, путем отмены кредитования без прямого разрешения получателя. Это право может действовать в течение ограниченного числа дней после того, как перевод средств стал окончательным, или до тех пор, пока получатель не будет уведомлен о кредитовании. В исключительных случаях одностороннее право банка исправлять ошибки может не ограничиваться по времени. Во многих правовых системах, однако, банку получателя может быть разрешено исправить ошибку путем отмены кредитования только с прямого согласия получателя. Если получатель не дает своего согласия, банк получателя может возместить сумму только в судебном порядке.

80. Право банка плательщика или банка-посредника исправить ошибку путем отмены кредитования по существу аналогично праву банка получателя. В то же время такому банку может быть не разрешено отменить кредитование получающего банка без разрешения последнего, за исключением случаев, когда получающий банк еще не кредитовал своего кредитора или когда он может получить возмещение от этого кредитора. В некоторых случаях правила об окончательности, регулирующие операции по переводу средств между двумя банками-посредниками, могут запрещать возмещение путем отмены кредитования, даже если перевод средств между плательщиком и получателем еще не стал окончательным.

4. Доступность средств

81. Хотя может не существовать непосредственной правовой связи между окончательностью перевода средств и доступностью этих средств для получателя, окончательность перевода для получателя обычно является одним из факторов, определяющих момент, когда средства становятся доступными. Важно также проводить различие между моментом, когда средства становятся доступными для банка получателя, и тем моментом, когда они становятся доступными для получателя. Момент, когда средства становятся доступными для получателя, следует также отличать от момента, когда с этих средств начинают начисляться проценты. В некоторых банковских системах эти два момента совпадают, но во многих других банковских системах средства могут быть доступными для использования за один или несколько дней до того, как с них начинают начисляться проценты на счет. В других банковских системах начисление на счет процентов со средств может начинаться до того, как они станут доступными для использования клиентом.

82. Можно ожидать, что любые правила, регулирующие доступность средств, будут давать банку получателя достаточное время для обработки поручений на перевод средств. Поэтому даже внесение на счет наличных денег может не давать права на последующее кредитование до наступления следующего дня, если документ, удостоверяющий внесение денег, не будет зарегистрирован до окончания работы банка. Использование терминалов, немедленно передающих информацию на ЭВМ, при осуществлении многих операций по переводу средств, включая получение вкладов, может устранить в некоторых банках основание для отсрочки в предоставлении средств. В то же время вклад наличными в банковский автомат, даже если он был записан вкладчиком прямо на ЭВМ, как правило, не будет доступен немедленно, так как персоналу банка необходимо пересчитать и проверить вклад.

83. Момент, когда средства становятся доступными для получателя, обычно определяется практическим опытом банка получателя, и редко регулируется соглашением между получателем и его банком, либо законодательными нормами. В некоторых случаях, однако, в частности в случае таких счетов, с которых или на которые осуществляются переводы крупных сумм или которые являются частью программы контроля и регулирования денежных операций, могут заключаться отдельные соглашения, предусматривающие, помимо других вопросов, момент, когда средства будут

доступны для клиента. В некоторых государствах в законодательном порядке установлены максимальные сроки, в течение которых средства должны стать доступными при определенных видах перевода средств.

84. Хотя доступность средств для получателя имеет для него первостепенное значение, оно может также представлять интерес и для плательщика, которому по ряду причин может быть необходима уверенность в том, что средства находятся в полном распоряжении получателя к определенному времени. Плательщик в незначительной степени может контролировать момент, когда средства будут доступны для получателя при дебетовом переводе, поскольку именно получатель начинает операцию по переводу средств со своим банком. Плательщик в большей степени может контролировать это при кредитовом переводе, поскольку он выбирает дату, когда начинается перевод средств, и поскольку он может определить "дату платежа".

85. Правовое значение даты платежа при кредитовом переводе неясно. Как отмечалось при обсуждении вопроса о сроке, в течение которого банк должен выполнить поручение на перевод средств, если определение, содержащееся в документе ISO/DIS/7982, согласно которому дата платежа - это "дата, когда средства становятся доступными для бенефициара [получателя] для получения наличными", является частью соглашения, регулирующего перевод средств, то представляется, что это обстоятельство создает правовое обязательство со стороны банка плательщика по отношению к плательщику и, возможно, по отношению к получателю. Более очевидно, что это определение создает обязательство между банком плательщика и следующим банком в цепи, а также между каждой последующей парой банков вплоть до банка получателя. В то же время во многих правовых системах бывает не всегда ясно, может ли на банк получателя быть возложено правовое обязательство в связи с датой платежа либо перед плательщиком, с которым, как можно считать, банк не имеет правовых отношений, либо перед получателем. Можно считать, что обязательство банка получателя перед получателем в отношении того, когда средства должны стать доступными, возникает из отношений между ними, а не в связи с поручением, первоначально выданным плательщиком. В любом случае представляется, что банк получателя не должен нести обязательств в связи с определением даты платежа, если он не получил как поручения на перевод средств, так и удовлетворяющего его расчета в соответствующий срок, при условии, что он не взял на себя более строгие обязательства в соответствующей форме.

86. После того как банк получателя при кредитовом переводе получит как поручение на такой перевод, так и расчет, средства обычно должны становиться доступными для получателя немедленно, поскольку банк получателя не несет более риска в связи с кредитованием. Если, однако, поручение на кредитовый перевод и расчет получены до даты платежа, в странах общего права принято, чтобы банк получателя откладывал кредитовую проводку и выдачу средств до даты платежа.

87. В правилах, регулирующих доступность средств при дебетовом переводе, должно проводиться различие между поручениями на дебетовый перевод, какими являются, например, многие переводные векселя, по которым банк получателя осуществит кредитование только после того, как он получит уведомление о платеже и когда ему будут переведены средства, и поручениями на дебетовый перевод, при котором осуществляется предварительный расчет между банками, а уведомление направляется только в случае неплатежа. Получатели первого типа поручения на дебетовый перевод знают, что средства не будут доступны, прежде чем их банк получит уведомление об оплате и прежде чем им будут переведены средства. В случае второго типа поручения на дебетовый перевод, к которому относится бóльшая часть письменных и электронных дебетовых переводов, соответствующие правила, регулирующие доступность средств, сформулировать более сложно. Поручения обрабатываются крупными партиями на протяжении всего процесса перевода средств. Применимые правила, которые должны учитывать такие вопросы, как срок, в течение которого банки должны получить расчет, срок, в течение которого обычно должно быть оплачено поручение на дебетовый перевод, и срок, в течение которого банк получателя обычно должен получить сообщение о неплатеже, могут быть основаны только на средних данных по рассматриваемому типу поручений, а также на опыте тех, кто пользуется данной системой.

88. В большинстве банковских систем расчеты, связанные с поручениями на дебетовый перевод этого второго типа, осуществляются путем предварительного дебетования и кредитования через соответствующие межбанковские счета. Расчет может происходить немедленно или может быть отложен на установленный период времени, однако дата, когда он будет получен банком, всегда предсказуема для каждой серии поручений на дебетовый перевод одного типа.

89. Для дебетовых переводов с помощью письменных документов наименее предсказуемым элементом является период времени, проходящий до того, как в банк получателя поступит информация о неплатеже. В некоторых странах банк плательщика располагает неограниченным временем после получения поручения на дебетовый перевод, в течение которого он может отказать в платеже. В тех случаях, когда само поручение должно быть возвращено по тем же расчетным каналам, по которым оно было предъявлено, в некоторых странах время, отводимое на его возвращение в банк получателя, может в несколько раз превосходить время, необходимое для его предъявления. Поскольку отсрочка доступности средств, связанная с возможным отказом от платежа по поручению, может задержать доступность средств на чрезмерно большой период времени для поручений, по которым в подавляющем большинстве случаев платеж производится, было бы желательно принять меры для сокращения этого срока. Гарантия оплаты со стороны банка плательщика устраняет возможность отказа от платежа. Вывод из оборота чеков за счет представления поручений через ЭВМ будет способствовать сокращению периода времени, необходимого для предъявления поручений во многих странах. Срок предъявления поручения, в который банк плательщика может отказаться от платежа по нему в связи с недостаточностью средств, может быть строго ограничен. Уведомление об отказе в платеже может быть отправлено по почте либо при помощи средств телесвязи непосредственно банку получателя (банку-депозитарию) даже в тех случаях, когда само поручение по переводу дебета необходимо возвратить через расчетную систему.

90. При электронном дебетовом переводе возникают несколько иные проблемы при определении срока, в течение которого сообщение о неплатеже должно быть получено банком получателя. Обычно, как указано в пункте 88, электронное предъявление поручения на дебетовый перевод способствует сокращению времени, затрачиваемого на предъявление. Кроме того, система может быть построена таким образом, чтобы способствовать скорейшему возвращению поручений, в платеже по которым было отказано. В тех случаях, однако, когда электронный дебетовый перевод возникает в связи с выводом чеков из оборота или в соответствии с постоянными полномочиями на дебетование, причем полномочия даются получателю или банку получателя, банк плательщика не имеет возможности проверить подлинность поручения на дебетовый перевод. Поэтому до тех пор пока плательщик не получит соответствующего отчета об операциях с его счетом и пока не истечет срок для обжалования несанкционированного дебетования, плательщик может заявить о том, что поручение не было подкреплено полномочиями или о том, что полномочий на платеж по нему не существует. В некоторых странах, где только закон об исковой давности ограничивает право плательщика выдвигать возражения в связи с тем, что на дебетование его счета не было дано полномочий, период неопределенности может длиться несколько лет. По этой причине желательно, чтобы, когда это возможно, полномочия на дебетование выдавались банку плательщика.

91. В тех случаях, когда получатель хорошо известен банку получателя и когда почти нет сомнений в том, что получатель будет в состоянии возместить банку получателя суммы в связи с любыми поручениями на дебетовый перевод, в платеже по которым будет отказано, банк не несет существенного риска, делая средства доступными в любой из ближайших дней. Поэтому обычно при дебетовых переводах, осуществляемых в соответствии с постоянными полномочиями на дебетование, когда получателями обычно являются крупные и устойчивые в финансовом отношении организации, отсрочка в предоставлении средств бывает меньшей, чем при других формах дебетового перевода.

5. Выполнение основного обязательства

92. В конечном счете основное обязательство выполняется путем перевода средств только в том случае, если получатель-кредитор получает на свой счет безотзывный кредит. Однако момент выполнения обязательства зависит от условий контракта или другого источника обязательства, закона, регулирующего это обязательство, и процедуры, которая используется при переводе средств.

93. В случае сравнительно немногочисленных, но, как правило, важных контрактов плательщик обязуется полностью предоставить средства в распоряжение получателя к означенной дате. В некоторых странах существовала практика рассматривать основные обязательства банка, например банковский чек или банковский платеж, как выполняющие такое обязательство, однако в настоящее время получает широкое распространение использование кредитового перевода с указанной датой или даже часом платежа.

94. Если момент, когда средства должны быть полностью доступны для получателя, не оговорен в контракте, обязательство, выполняемое путем кредитового перевода, обычно считается выполненным тогда, когда кредитовый перевод становится окончательным для получателя. Поэтому можно ожидать, что недавние изменения в процедурах кредитового перевода, связанные с расширением использования электроники, окажут влияние как на правила, регулирующие выполнение обязательства, так и на правила, регулирующие окончательность перевода. Действительно, складывается

впечатление, что в некоторых последних случаях на правила, регулирующие окончательность перевода средств, оказали влияние проблемы, впервые возникшие в связи с выполнением обязательств.

95. Поскольку обязательство обычно считается выполненным, когда кредитовый перевод становится окончательным, в отношениях между плательщиком и получателем именно плательщик несет риск, связанный с задержкой или ошибками при переводе средств. В некоторых странах суды освобождают плательщиков от наиболее серьезных последствий таких задержек, считая, что действие договоров страхования и аналогичных контрактов не может быть прекращено по причине задержки платежа в тех случаях, когда плательщик предпринял соответствующие шаги для перевода средств и сделал это в должное время. Когда для плательщика единственным последствием задержки платежа в связи с задержками в процессе перевода средств является потеря процентов, убытки часто могут быть возмещены банком, несущим за них ответственность. В тех случаях, однако, когда последствием является прекращение действия контракта, банки часто не считались ответственными за причиненный в результате этого ущерб.

96. Когда основное обязательство должно быть выполнено путем дебетового перевода, получатель не может рассматривать обязательство как невыполненное, если у него есть возможность начать операцию по дебетовому переводу. Поэтому вопрос о том, когда основное обязательство было выполнено, редко возникает при дебетовых переводах, где получатель выдает поручение на дебетовый перевод, например в случае переводных векселей, выставленных получателем на индоссанта или на банк индоссанта или дебетового перевода, осуществляемого в соответствии с постоянными полномочиями на дебетование. Подобным образом при расчете чеком получитель не может рассматривать обязательство как невыполненное, если ему был вручен чек. В некоторых странах возникает вопрос, может ли плательщик нести ответственность перед получателем за проценты в результате того, что он совершил платеж чеком в такое время, что получатель получает кредитование лишь по истечении срока платежа. Тем не менее во всех случаях дебетового перевода именно получитель несет риск в отличие от плательщика в связи с задержками или ошибками при операции по переводу средств. Несмотря на то, что для окончательного выполнения основного обязательства, поручение на дебетовый перевод должно быть оплачено по предъявлении, момент оплаты не имеет практического значения в отношении основного обязательства.

E. Правила, касающиеся окончательности переводов и риск для системы

97. Риск для системы представляет собой опасность причинения серьезного ущерба банковской системе в целом неспособностью одного или нескольких банков совершить расчет в связи с произведенными ими переводами средств. Несовершение расчета почти всегда является следствием внешних для процесса перевода средств проблем. Вместе с тем современное развитие системы электронных расчетных палат, совершающих окончательные расчеты по переводам крупных сумм, при которой банки-участники нередко в один день выдают поручения на перевод средств на сумму, превышающую весь их капитал и прибыль, увеличивает риск того, что банк на конец дня будет иметь пассивное сальдо, которое он не сможет погасить. Далее, чем больше пассивное сальдо, которое банк не может погасить, тем больше будет воздействие на другие банки в данной расчетной палате, на банковскую систему и на всю экономику в целом.

98. То, в какой степени банковская система может покрыть неспособность банка совершить расчет, зависит не только от величины пассивного сальдо, по которому он не в состоянии совершить расчет, но и от распределения убытков между другими участниками системы перевода средств, включая не являющихся банками клиентов банков - участников этой системы. Одними из правил, регулирующих распределение убытков между участниками системы перевода средств, являются правила, регулирующие окончательность перевода. В свою очередь правила, касающиеся окончательности переводов средств на крупные суммы, оказывают серьезное воздействие на финансовые рынки и крупные коммерческие операции, в связи с которыми были осуществлены эти переводы.

99. Открытое обсуждение этого вопроса особенно активно проходило в Соединенных Штатах Америки. Этот вопрос обсуждался также в Соединенном Королевстве, где в связи с характером банковской системы были найдены другие решения этой проблемы. Поскольку рассмотрение этой проблемы необходимо проводить отдельно для каждой страны, данный вопрос рассматривается в приложении к настоящей главе.

Приложение

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ОПЫТ МЕР ПО СОКРАЩЕНИЮ РИСКА В РАМКАХ СИСТЕМЫ

A. Характер проблемы

I. Общие черты

I. Электронный перевод средств в крупных размерах, представленный в настоящее время, как правило, переводом кредита, по всей видимости, по целому ряду причин несет в себе определенный риск. Самой очевидной из них является то, что размер индивидуальных переводов средств, общая сумма переводов средств, произведенных в течение дня, и, что наиболее важно, величина чистого дебетового или кредитового сальдо одного банка по отношению к любому другому банку или к банковской системе в целом в течение дня или к концу дня значительно увеличиваются. Поскольку именно плательщики в наибольшей степени заинтересованы в быстром завершении электронных переводов своих средств в крупных размерах, то вторая важная причина обусловлена тем, что переводы крупных сумм осуществляются в тот же день. В результате имеет место сокращение времени, отводимого на урегулирование, и, по сравнению с прошлым, сроков для мобилизации банками средств с целью покрытия своих дебетовых сальдо. Иностранные банки или местные филиалы иностранных банков могут столкнуться с дополнительными трудностями по сравнению с местными банками при изыскании необходимых фондов, особенно в тех случаях, если иностранные банки не могут получить кредит от центрального банка.

2. Урегулирование между банками-корреспондентами

2. Переводы кредитов на большую сумму по каналам банков-корреспондентов могут обеспечивать быстрое урегулирование с небольшим риском или без всякого риска в рамках системы практически во всех ситуациях. Когда получающий банк получает денежные средства от направляющего банка одновременно с получением поручения о переводе кредита, что является типичным, если банки осуществляют расчеты между собой, получающий банк может незамедлительно и без всякого риска предоставить безотзывный кредит кредитуемой стороне. Когда получающий банк не получает без промедления денежных средств, он может воспользоваться правом задержать акцепт поручения о переводе средств до тех пор, пока он не получит из авторитетного источника денежные средства, залог или гарантию компенсации. Поскольку без обеспечения гарантий кредитование, возникающее в результате перевода средств, не производится, то риск для получающего банка,а следовательно и риск в рамках системы в целом отсутствует. Однако в связи с этим заключением следует сделать важную оговорку: когда получающий банк является банком - хранителем счета и поручения о дебетовании или кредитовании счета направляющего банка, то есть банка - владельца счета, направляются или получаются рядом отделов получающего банка в дополнение к отделу по переводу средств, то он может принять рациональное решение в отношении кредита лишь в том случае, если все его отделы немедленно сообщают о всех произведенных операциях. Когда речь идет о крупных денежных средствах, то может возникнуть необходимость занесения на счет записей об операциях всех отделений в реальном масштабе времени.

3. По условиям некоторых отношений, установленных между банками-корреспондентами, от получающего банка требуется предоставление безотзывного кредита кредитуемой стороне до получения денежных средств. Это может иметь место, например, из-за того,что в силу характера перевода средств отдельным банкам надлежит в первой половине дня направлять больше поручений о переводе средств, чем получать такие поручения, и во второй половине дня получать больше, чем направлять. Хотя к концу дня эти банки могут регулярно иметь значительные кредитовые сальдо, в течение всего дня они также могут регулярно иметь значительные дебетовые сальдо. В этом случае перевод крупных средств по каналам банков-корреспондентов может быть сопряжен со значительным риском для всей системы.

3. Нетто-расчеты

4. Система нетто-расчетов во многих отношениях представлена договоренностью об установлении комплекса корреспондентских банковских отношений между каждой парой банков в системе через один коммутатор. Однако существует ряд особенностей организационного характера, в связи с которыми риск в рамках системы может возрасти по сравнению с наличием чисто корреспондентских банковских отношений. Так как в системе нетто-расчетов отсутствует механизм, позволяющий направляющему банку передавать денежные средства получающему банку до

производства расчета, один из банков в любое время дня обязательно имеет дебетовое сальдо по отношению к другому банку. Кроме того, поскольку дебетовое сальдо возникает в результате получения поручений о переводе кредита, а также отправления поручений о переводе дебета, ни один из банков в системе не может знать до конца дня, закончит ли он день с дебетовым или кредитовым сальдо по отношению к любому другому банку, даже если ему известен общий объем кредитов, направленных им такому другому банку в течение дня. В результате этого банк, придерживающийся политики непредоставления безотзывного кредита при переводе кредита до тех пор, пока он не убедится в его денежном обеспечении, может действовать по полученным им поручениям лишь в объеме поручений о переводе кредита, уже направленных другому банку. Альтернативный вариант, который позволит получающим банкам предоставлять немедленный безотзывный кредит по большому числу полученных поручений о переводе кредита, предусматривает установление каждым банком верхнего допустимого предела чистого однодневного дебетового сальдо для каждого из банков-участников в любое время дня. Банк, получивший поручения, которые выведут дебетовое сальдо банка-отправителя за пределы установленной нормы, должен возвратить эти поручения банку-отправителю для повторного представления после того, как вновь будет определено сальдо банка-отправителя. Если бы система функционировала через центральный коммутатор, то можно было бы запрограммировать этот коммутатор таким образом, чтобы возвращать поручения банку-отправителю, а не требовать проведения аналогичных операций получающим банком.

4. Нетто-нетто расчеты

5. Если система перевода средств регулирует ежедневный перевод средств на нетто-нетто основе, то есть путем установления единого дебетового или кредитового сальдо для каждого участвующего банка в отношении общего объема всех поручений о переводе средств, которые он направил или получил от всех банков-участников, но при этом распределяет убытки в случае неспособности банка произвести расчет на основе чистого дебетового или кредитового сальдо этого банка с каждым из других участвующих банков, то риск для системы аналогичен риску для системы нетто-расчетов. В то же время если убытки являются убытками всей системы и распределяются между участвующими банками, то, согласно различным возможным формулам распределения убытков, объем убытков других банков может быть установлен лишь после завершения урегулирования. Однако, согласно некоторым формулам, банку с кредитовым сальдо по двусторонним операциям с банком-неучастником может быть предложено принять участие в распределении убытков. А это, в свою очередь, может означать, что банки, которые могли бы без труда производить расчеты при условии завершения таких расчетов в нормальных условиях, могут оказаться не в состоянии произвести расчет по причине убытков, которые они понесли в результате неспособности первого банка произвести расчет. Подобный совокупный эффект, возникающий в результате неспособности банка произвести расчет, повышает риск в рамках системы.

5. Средства, позволяющие сократить риск в рамках системы

6. Политика сокращения риска преследует три основные цели: ограничить вероятность того, что банк не сможет расплатиться; ограничить влияние подобной неспособности на другие банки, банковскую систему в целом и экономику в целом; и обеспечить бесперебойное и четкое функционирование системы перевода средств. Эти цели могут вступать в противоречие друг с другом. Основные имеющиеся методы для сокращения риска в рамках системы нетто- или нетто-нетто-расчетов, могут быть подразделены на пять основных категорий.

a) Участие в системах нетто- или нетто-нетто-расчетов может быть ограничено различными способами. Может быть ограничено число банков, поскольку чем меньше банков, тем меньше вероятность того, что какой-нибудь из них не сможет расплатиться. К числу участвующих банков могут быть отнесены те банки, чья финансовая обеспеченность не вызывает сомнения. Иностранные банки, которые не в состоянии расплатиться в местной валюте, могут быть недопущены к участию, допущены к участию в ограниченной степени или допущены к участию лишь в том случае, если они представят дополнительную гарантию своей способности выполнить обязательства.

b) Объем задействованных денежных средств любого банка или банковской системы в целом может быть ограничен. Между отдельными парами банков могут быть установлены двусторонние ограничения чистого однодневного дебета. Могут быть введены ограничения чистого однодневного кредита, что позволит ограничить объем средств, которые тот или иной банк должен всей системе. Если в стране имеется более одной сети, основанной на бумажных документах или электронной обработке данных, то ограничение однодневного кредита может применяться к чистой сумме финансовой задолженности того или иного банка по всей системе.

c) Период времени, начиная с отправки первого поручения о переводе средств по каналам сети и кончая расчетом, может быть сокращен до минимума с целью исключить возникновение ситуации, когда события, предшествующие расчету, срывают весь процесс такого расчета.

d) Банки могут отказаться предоставить средства своей кредитуемой стороне, пока не будут завершены расчеты. В случае неспособности расплатиться такая процедура обеспечивает защиту получающего банка ценой задержки в предоставлении средств кредитуемой стороне. Поскольку кредитуемая сторона может нуждаться в этих средствах, чтобы самой осуществить в этот день перевод средств, особенно в случае, когда сама кредитуемая сторона является банком, функционирование всей системы может застопориться из-за отсутствия фондов, пока эти фонды не поступят в ее распоряжение вслед за окончанием расчетов. В качестве альтернативы получающие банки могут предоставить средства кредитуемой стороне с правом на удержание кредита в случае неспособности осуществить платежи. Это защищает получающий банк от возможной некредитоспособности кредитуемой стороны путем переноса риска убытков с получающего банка на кредитуемую сторону.

e) Дебетовое сальдо каждого участвующего банка может быть гарантировано соответствующим финансовым учреждением, которым может оказаться центральный банк или частный или государственный фонд страхования. Защита системы оказывается наиболее эффективной, если финансовое учреждение-гарант может предоставить средства немедленно. В противном случае система может столкнуться с проблемой нехватки наличных средств, в результате чего другие банки не смогут выполнить свои обязательства.

B. Национальный опыт

7. В этом разделе излагается опыт трех стран, которые по-разному подошли к проблеме ограничения риска для системы в рамках своих сетей электронного перевода значительных средств.

I. Франция

8. 16 октября 1984 года начала функционировать система перевода крупных средств от ЭВМ к ЭВМ под названием "Etranger" - Système automatique de gestion intégrée par têlêtransmission de transactions avec imputation de règlements (САЖИТТЕР). Ввиду того, что САЖИТТЕР была первоначально задумана в качестве филиала СВИФТ, лишь те банки, которые являются членами или пользователями системы СВИФТ, могут участвовать в системе САЖИТТЕР. Однако система САЖИТТЕР получила настолько широкое распространение, что в этой стране ее можно использовать практически для любого вида перевода иностранных денежных средств в пересчете на французские франки. В настоящее время эта система пока не пригодна для чисто внутренних переводов средств, однако решено использовать ее для расчетов на рынке краткосрочного капитала.

9. Несмотря на то, что САЖИТТЕР функционирует в качестве службы банка-корреспондента Французского банка, этот Банк выступает лишь в качестве действующего агента для группы участвующих банков. Участвующие банки направляют поручения в переводе средств через САЖИТТЕР во Французский банк с указанием одной из трех дат проводки, то есть данного дня, следующего дня работы банка или спустя два дня. "Псевдосчет" банка-отправителя немедленно дебетуется согласно соответствующей дате проводки, "псевдосчет" получающего банка кредитуется согласно соответствующей дате поступления, и поручение о переводе средств направляется в получающий банк.

10. Дата проводки закрывается в 12 час. 00 мин. каждого полного рабочего дня банка (в 10 час. 00 мин. в неполные рабочие дни банка), то есть дата проводки в среду 4 марта охватывает период с 12 час. 00 мин. во вторник 3 марта до 12 час. 00 мин. в среду 4 марта.

11. К концу рабочего дня банка, то есть в 17 час. 30 мин. в полные рабочие дни банка, дебеты и кредиты, вытекающие из операций САЖИТТЕР с открытием "псевдосчета" на конкретную дату проводки, записываются на счет каждого участвующего банка во Французском банке вместе с дебетами и кредитами по счету банка, возникающими в результате прочих банковских операций. Однако, поскольку Французский банк не позволяет банку иметь дебетовое сальдо по своему счету, записи, если они приводят к дебетовому сальдо по счету банка, не делаются. Если дебетовое сальдо не покрывается к 11 час. 30 мин. следующего дня, Французский банк вправе аннулировать дебетовые проводки, вытекающие из операций САЖИТТЕР, а также соответствующие кредиты в обратном порядке приема поручений до аннулирования дебетового сальдо.

I2. Поэтому, если бы существовала какая-либо причина сомневаться в финансовом положении банка-отправителя, то наиболее опасными поручениями о переводе средств с точки зрения получающего банка были бы те, которые прошли через систему САЖИТТЕР непосредственно перед I2 час. 00 мин., а наиболее безопасными - те, которые отправлены с более поздней датой проводки, или те, которые проходят непосредственно после I2 час. 00 мин. Однако все участвующие банки в этой стране национализированы, и неспособность произвести платежи представляется весьма маловероятной. Правила САЖИТТЕР конкретно не указывают, когда получающий банк должен предоставлять кредит своей кредитуемой стороне. Однако в соответствии со стандартной французской банковской доктриной кредит становится безотзывным тогда, когда получающий банк осуществляет кредитование счета (а не "псевдосчета") кредитуемой стороны, даже если банк так и не получил денежные средства для выполнения операции по переводу.

2. Соединенное Королевство

I3. Электронная система автоматизированных клиринговых расчетов (ЧАПС) представляет собой систему перевода крупного кредита в течение одного дня, связывающую I2 расчетных банков, включая Английский банк. Эта система в масштабе всей страны дополняет и практически заменяет городскую систему клиринговых расчетов, являющуюся специализированной системой перевода крупных средств с помощью бумажных документов, действующей в черте Лондона. Недавно было принято решение о том, что участвовать в расчетах в рамках системы ЧАПС и городской системы клиринговых расчетов, а также в других клиринговых договоренностях могут те банки, которые удовлетворяют пяти следующим условиям:

a) готовность и способность удовлетворять техническим эксплуатационным требованиям клиринговых расчетов и заключать соглашения, соответствующие правилам отдельной заинтересованной компании, занимающейся клиринговыми расчетами;

b) способность создать в Английском банке соответствующую техническую базу для расчетов;

c) готовность нести свою долю эксплуатационных расходов;

d) готовность уплатить умеренный вступительный взнос; и

e) способность удовлетворять требованиям минимального объема соответствующих эксплуатационных клиринговых расчетов.

Ряд банков, всключая лондонские отделения иностранных банков, стремятся вступить в систему ЧАПС и городскую систему клиринговых расчетов. Банки, не производящие расчетов, могут направлять поручения о переводе средств через систему ЧАПС лишь при поддержании отношений банка-корреспондента с банком, производящим расчет.

I4. От банков, получающих поручения о переводе средств через систему ЧАПС, требуется предоставление средств кредитуемой стороне в течение одного дня. Это правило преследует цель повысить эффективность системы ЧАПС для деловых и финансовых кругов. В свою очередь, банк-отправитель обязан возместить получающему банку сумму переведенных средств, даже если такой банк-отправитель не получил возмещения от стороны, направляющей поручение. Перевод средств через систему ЧАПС является безотзывным и ничем не обусловлен.

I5. Таким образом, надлежащее функционирование системы ЧАПС зависит от степени достоверности информации о платежеспособности банка-отправителя. Такая степень достоверности обеспечивалась в прошлом за счет ограничения числа банков, участвующих в системе ЧАПС, а также благодаря Английскому банку, через который производились окончательные расчеты между банками системы ЧАПС. В настоящее время расчеты производятся в конце дня на нетто-нетто основе путем перевода сальдо банков, производящих расчеты на их счета в Английском банке. В рамках новой договоренности "благоразумный критерий, подлежащий соблюдению при участии в урегулировании любых клиринговых расчетов (включая ЧАПС), следует включить в предварительное условие о том, что члены должны иметь счет в Английском банке, который при ясно выраженном согласии этого банка можно использовать для целей урегулирования таких клиринговых расчетов" I/.

3. Соединенные Штаты

I6. В настоящее время в Соединенных Штатах функционируют две компьютеризованные системы перевода крупных средств. Первая представлена системой "Федвайер", действующей в рамках Федеральной резервной системы. "Федвайер" позволяет всем I4 тыс. банкам в Соединенных Штатах и другим учреждениям, принимающим депозиты и имеющим сальдо на счетах своих региональных отделений Федерального резервного банка, переводить эти сальдо в другие банки или учреждения, принимающие депозиты. Таким образом, система "Федвайер" функционирует в качестве корреспондентской банковской службы в рамках всей банковской системы.

I7. Вторая система - система ЧИПС принадлежит Нью-йоркской ассоциации клиринговых расчетов и управляется ею. Более I40 участвующих банков имеют разрешение направлять поручения о переводе кредита или выплаты другим участвующим банкам, многие из которых являются нью-йоркскими филиалами иностранных банков. Кроме этого, переводы крупных средств осуществляются по каналам банков-корреспондентов. Технология таких переводов в Соединенных Штатах хорошо отработана и используется как для внутринациональных, так и международных расчетов, хотя она и не получила общего признания в качестве "системы" переводов кредитов.

a) "Федвайер"

I8 Правила, которыми руководствуется система "Федвайер", предусматривают, что перевод кредита между банком отправителем и получающим банков является "окончательным", что означает, что получающему банку предоставляются средства, тогда, когда региональный федеральный резервный банк получающего банка отправляет ему уведомление о кредите. Уведомление о кредите направляется по системе электросвязи тем банкам, которые подключены к системе "Федвайер", и может быть направлено по телефону, телексу или по почте банку, который не подключен к упомянутой системе. Правила "Федвайер" требуют от получающего банка предоставления кредита "бенефициару" (или лицу, или организации, которая получает перевод) сразу же после получения уведомления; однако правила ни определяют того, как скоро должен предоставляться кредит, чтобы считаться "срочным", ни вносят ясность в отношении периода времени, в течение которого перевод для бенефициара считается окончательным.

I9. В результате поручений о переводе кредита, которые банк направляет в систему "Федвайер", а также других операций, осуществляемых им и затрагивающих его счет, у банка на его счету в федеральном резервном банке образуется в течение дня или к концу дня дебетовое сальдо. Например, многие банки с вечера осуществляют заем у других банков на рынке межбанковских средств и возвращают эти средства предоставившему ссуду банку утром следующего дня. Банки-получатели ссуды, к которым, как правило, относятся крупные центральные банки, зачастую имеют большие дебетовые сальдо в течение дня на своих счетах в федеральном резервном банке и восстанавливают кредитовое сальдо к концу дня. Федеральный резервный банк, подобно любому банку-корреспонденту, может отказаться принять поручение о переводе кредита от банка, имеющего дебетовое сальдо, до тех пор, пока последний не изыщет средств для восстановления кредитового сальдо на счете или не предоставит каких-либо иных гарантий в отношении дебетового сальдо. Однако, если дебетовое сальдо все-таки образуется, федеральный резервный банк подвергается полному риску, связанному с отсутствием компенсации. Соответственно, кроме защиты получающего банка, правила системы "Федвайер" ограждают весь банковский и небанковский сектор от непосредственных последствий неспособности банка-отправителя произвести расчет. Риску понести ущерб, связанный с неспособностью расплатиться, подвергаются федеральные резервные банки.

20. Аналогичный результат получается и в отношении любого банка-корреспондента. Риску подвергается банк-корреспондент, если он безотзывно акцептовал поручение о переводе кредита от другого банка, который впоследствии не смог произвести расчет. Однако это может сказаться на банковском и небанковском секторах, поскольку неспособность другого банка произвести расчет может привести к тому, что банк-корреспондент также окажется не в состоянии это сделать, что отрицательно может отразиться в нарастающей степени на всей экономике. Подобный "системный" риск отсутствует в системе "Федвайер", поскольку банком-корреспондентом является центральный банк.

b) ЧИПС

i) Правила производства расчетов

2I. Процесс урегулирования расчетов в системе ЧИПС начинается с сообщения участникам данных о нетто-нетто-сальдо каждого участника. Если один участник рассчитывается с другим, то так называемый "рассчитывающийся" участник также узнает нетто-нетто-сальдо этого участника. Банки, имеющие дебетовое сальдо, переводят с помощью системы "Федвайер" средства на

специальный счет этой системы в Нью-йоркском резервном банке с их счета в федеральном резервном банке. После того, как все банки, имеющие дебет, перевели задолженные средства, федеральный резервный банк переводит соответствующие суммы по каналам системы "Федвайер" на счета этих банков с кредитовым сальдо. После завершения урегулирования расчетов в специальном счете не производится переноса дебетового или кредитового сальдо. Одним из требований федерального резервного банка при достижении договоренности об урегулировании расчетов с этой системой было то, что при наличии клиринговых счетов не должно возникать риска, связанного с урегулированием расчетов.

22. Банки, участвующие в системе ЧИПС, подразделяются на банки, осуществляющие расчеты и не осуществляющие расчеты. Банки, не осуществляющие расчеты, должны покрыть любое чистое дебетовое сальдо через один из банков, осуществляющих расчеты, и добиться через этот банк предоставления чистого кредита. Банки, осуществляющие расчеты, расплачиваются по специальному счету в Нью-йоркском резервном банке за чистое дебетовое или кредитовое сальдо, являющееся результатом перевода их средств и средств всех не осуществляющих расчеты банков, в отношении которых они производят расчеты.

ii) Неспособность произвести расчет

23. Если какой-либо банк к концу дня оказывается не в состоянии покрыть свое дебетовое сальдо по отношению к системе ЧИПС, то все операции в рамках этого банка и выходящие за его пределы не подлежат урегулированию, и для остальных банков вычисляются новые сальдо. В этом случае платежи должны производиться непосредственно участниками вне сферы действия системы. Если другие банки не в состоянии урегулировать свое новое дебетовое сальдо, правила предусматривают общее развертывание расчетных операций. В этом случае урегулирование расчетов по переводам, осуществленным за день, должно производиться каким-либо другим, заранее не определенным способом.

iii) Правила об окончательности расчетов

24. Переводы в рамках системы ЧИПС считаются окончательными, когда они поступают в получающий банк и при этом направляющий банк не может аннулировать поручение о переводе кредита. Однако, поскольку существует возможность того, что получающие банки могут не добиться урегулирования переводов, произведенных через систему ЧИПС (то есть они не получили "средства"), они не обязаны акцептовать поручения о переводе средств или предоставлять безотзывный кредит индоссаторам или другим кредитуемым сторонам до тех пор, пока урегулирование расчетов не станет окончательным. На практике банки разрешают своим клиентам временно использовать кредиты, получаемые в результате осуществления переводов в рамках системы ЧИПС.

c) Методы, которые должны привести к сокращению риска для системы

25. Банковская система Соединенных Штатов уделяет большое внимание сокращению риска для системы, возникающего в результате возросшей в последнее время неплатежеспособности банков. Учитывая такую озабоченность, 29 марта 1984 года Совет управляющих Федеральной резервной системы обратился с просьбой внести предложения, направленные на сокращение риска для системы в структуре перевода крупных средств. Было получено более 200 предложений. В нижеследующих пунктах излагаются основные методы уменьшения риска для системы, рассмотренные Федеральной резервной системой.

i) Двусторонние ограничения на чистый кредит

26. Чтобы какая-либо частная система, единственным примером которой в настоящее время служит ЧИПС, могла урегулировать свое чистое сальдо через резервные банки, она должна предусматривать ограничения на чистый кредит. Согласно этому методу, каждый банк-участник определяет максимальную сумму чистого однодневного кредита, зависящую от объема переводов средств в рамках системы, который он намеревается предоставить другому банку. Подобное ограничение носит гибкий характер, и каждый банк определяет для себя предел чистого кредита, который он может предоставить другим банкам, исходя из соображений экономического порядка в целом, принимая во внимание текущее финансовое положение другого банка и его способность удовлетворить непосредственные потребности деловых кругов.

27. Система ЧИПС должна удовлетворять требованию о том, чтобы банки-участники устанавливали двусторонние ограничения чистого кредита в отношении всех остальных банков-участников этой системы. Такие ограничения контролируются в реальном масштабе времени компьютерами

данной системы. Если один из банков пожелает установить двустороннее ограничение на кредит в отношении другого банка, применимое к другим видам переводов средств, то для достижения этой цели ему придется создать свою собственную систему.

28. Двусторонние ограничения на чистый кредит не применимы как таковые к системе "Федвайер" или к взаимоотношениям частных банков-корреспондентов. В то же время аналогичные результаты достигаются ограничениями на однодневное дебетовое сальдо, которое любой банк может иметь в федеральном резервном банке или в частном банке-корреспонденте.

ii) Предельный уровень чистого дебета отправителя

29. В целях использования резервных банков для урегулирования своего чистого сальдо частные системы должны устанавливать также предельный уровень чистого дебета. Кроме того, чтобы участвовать в системе "Федвайер", банк должен поставить себя в зависимость от предельного уровня чистого дебета всей системы. Предельный уровень чистого дебета отправителя сводится к ограничению количества поручений о переводе кредита, направляемых одним банком всем другим банкам сверх суммы, которую этот банк получает от них. Предельные уровни системы ЧИПС основаны на процентной доле от общих двусторонних ограничений на кредит, установленных для банка всеми остальными банками-участниками.

30. Ограничение числа поручений банка о переводе кредита сверх полученной суммы и соблюдение ограничений постоянно в течение всего дня способствуют уменьшению вероятности того, что банк не сможет осуществить урегулирование. Следовательно, риск для системы также уменьшается. Однако, если предельные уровни чистого дебета отправителя применять отдельно к каждой системе (ЧИПС и "Федвайер"), то напрашивается вывод о том, что общая чистая сумма, которую может направить банк, может оказаться слишком большой. Поэтому считается желательным, чтобы единый предельный уровень чистого дебета отправителя применялся ко всем системам вместе взятым. Предельный уровень зависит от объема банковского капитала и в основе его определения лежит самооценка банка, учитывающего качество своих систем, свои финансовые возможности и другие факторы.

31. Несмотря на то, что целесообразность установления предельных уровней чистого дебета отправителя для уменьшения риска представляется вполне очевидной, высказываются опасения, что вмешательство в спокойное и эффективное функционирование существующих систем может стать одним из отрицательных последствий. Банк, который до сих пор не получил перевода достаточного количества средств из других банков (которые, возможно, ожидают улучшения своего положения), может оказаться неспособным удовлетворить требования своих клиентов в отношении перевода средств. В частности, банки, которые произвели заем средств с вечера, могут неожиданно обнаружить, что они уже достигли своего предельного уровня чистого дебета просто в результате возвращения ссуженных средств утром следующего дня. Чтобы уменьшить вероятность подобного явления, банки могут задержать отправление поручений о переводе средств другим банкам до второй половины дня, тормозя тем самым функционирование всей системы перевода средств в целом и создавая угрозу перегрузки линии в конце дня. Поскольку первоначально предельные уровни были достаточно высоки, эта проблема до сих пор не возникала.

iii) Гарантированная окончательность акцептования принимающим банком

32. Окончательность акцептования для получателя обеспечивается, если получающий банк обязан кредитовать своего бенефициара независимо от того, произведен ли с ним расчет или нет. Этот вид окончательности акцептования в системе ЧИПС в настоящее время не существует.

33. Гарантированная окончательность акцептования получающим банком ограждает небанковский сектор экономики от последствий неспособности осуществить урегулирование, защищая тем самым финансовые рынки и экономку в целом. Можно было бы ожидать, что получающие банки предусмотрят гарантированную окончательность для обеспечения контроля и ограничения своих связей с банками-отправителями. Если получающий банк сомневается в кредитоспособности банка-отправителя, он может снизить установленный им уровень двусторонних ограничений на чистый кредит. С другой стороны, было высказано опасение, что гарантированная окончательность может послужить причиной для повышения получающими банками уровня комиссионных в целях компенсации за дополнительный риск и приведет к снижению готовности банков осуществлять перевод средств.

iv) Гарантия центрального банка в отношении положения с дебетом

34. Одним из средств уменьшения риска для системы, которого до настоящего времени тщательно избегали, является предоставление федеральными резервными банками и другими банковскими учреждениями гарантии обязательств участников системы. Недавнее закрытие ряда небольших и средних банков и спасение крупного банка банковской администрацией побудили эту администрацию к поиску иных средств сокращения риска для всей системы.

v) Страхование в целях обеспечения гарантии дебетовых сальдо

35. Гарантия дебетовых сальдо, возникающих в системах урегулирования расчетов, может также покрываться государственным или частным страховым фондом аналогично страховым фондам, покрывающим небольшие депозиты в банках и прочих учреждениях, принимающих депозиты. Согласно одной из предварительных оценок, стоимость страхового взноса в операциях по переводу средств составит приблизительно I,9 долл. на миллион долл.

1/ Payment Clearing Systems: Review of Organization, Membership and Control (Members of the Bankers Clearing House, London, 1984), Appendix 1, p. 20.

[A/CN.9/266/Add.2]

ГЛАВА О ПРАВОВЫХ ВОПРОСАХ, СВЯЗАННЫХ С ЭЛЕКТРОННЫМ ПЕРЕВОДОМ СРЕДСТВ

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
Введение		267
Вопрос I	Ведет ли развитие электронного перевода средств к существенному изменению правовых норм?	268
Вопрос 2	К каким типам финансовых сделок должно применяться право перевода средств?	269
Вопрос 3	Должно ли право, регулирующее переводы средств, отражать возросшую роль системы перевода средств в межбанковских индивидуальных переводах средств?	270
Вопрос 4	Должны ли переводы средств между плательщиком и получателем и сделки, обеспечивающие перевод средств, регламентироваться одними и теми же правилами? Если правила в отдельных аспектах не совпадают, то должны ли эти различия отражаться в праве или в соглашениях между банками?	271
Вопрос 5	Следует ли разрабатывать согласованные на международном уровне правила для регулирования международного электронного перевода средств?	272
Вопрос 6	Следует ли разрабатывать согласованные на международном уровне нормы коллизионного права для международного электронного перевода средств?	274
Вопрос 7	Придают ли доказательственные правила записям о переводе средств в машинно-считываемой форме ту же правовую ценность, что и записям, составляемым на бумаге?	274
Вопрос 8	Являются ли необходимыми изменения в законодательстве для выведения из оборота чеков, переводных векселей и других поручений о переводе дебета в банке депонирования?	275
Вопрос 9	Обусловливает ли разработка методов электронного перевода средств необходимость изменения в законе, регулирующем тайну банковских операций?	277
Вопрос I0	Следует ли банкам заключать со своими клиентами письменные контракты, охватывающие права и обязанности клиентов и банков в связи с электронным переводом средств?	277
Вопрос II	Следует ли вводить какие-либо ограничения в отношении постоянных разрешений на дебетование?	278
Вопрос I2	Следует ли устанавливать правовое требование в отношении необходимой при электронном переводе средств формы установления подлинности?	279
Вопрос I3	Следует ли требовать от направляющего банка соблюдения стандартной формы при отправлении поручения о переводе средств?	280
Вопрос I4	Следует ли требовать соблюдения единого формата для всех дебетовых и кредитных карточек, применяемых в каком-либо государстве?	280
Вопрос I5	Где должны храниться счета клиента в соответствии с правовыми нормами, регулирующими перевод средств?	281

		Стр.
Вопрос I6	В случае перевода кредита должна ли обязанность банка плательщика ограничиваться направлением надлежащего поручения о переводе кредита соответствующему получающему банку или в обязанности банка плательщика должен входить контроль за тем, чтобы поручение плательщика было исполнено?	282
Вопрос I7	Отвечает ли банк получателя перед плательщиком, направляющим банком или получателем за правильное исполнение своих обязательств при переводе кредита?	283
Вопрос I8	Должны ли государственные службы электросвязи, частные службы передачи данных, сети электронного перевода средств и электронные расчетные палаты нести ответственность за ущерб, возникающий из-за ошибок и подделок в связи с поручением о переводе средств	283
Вопрос I9	Следует ли освобождать банк от ответственности за ошибки или задержку перевода средств, вызванные неисправностями аппаратного или математического обеспечения ЭВМ?	284
Вопрос 20	Должен ли банк нести ответственность перед клиентом за дебетование или кредитование счета на основании номера счета, указанного в полученном им поручении о переводе средств, если фамилия вкладчика в этом счете не соответствует фамилии, указанной в поручении о переводе средств?	284
Вопрос 2I	Должен ли банк или клиент банка нести бремя доказательства в отношении того, что дебетование счета плательщика было осуществлено с его разрешения или произошло по его вине?	285
Вопрос 22	Должен ли клиент или соответствующие банки нести бремя доказательства в отношении источника ошибки или подделки, вызвавших ущерб при осуществлении перевода средств?	286
Вопрос 23	Следует ли представлять фонды в распоряжение получателя в течение определенного срока после того, как в банк плательщика поступит поручение о переводе кредита? Если да, то как нужно определять этот срок?	287
Вопрос 24	Как часто банк должен направлять своим клиентам выписку из объема операций, проходящих по счету?	289
Вопрос 25	Сколько времени должен иметь в своем распоряжении клиент банка для уведомления своего банка о неправильных записях на свой счет?....	289
Вопрос 26	Должна ли быть четко сформулирована процедура исправления ошибки?	290
Вопрос 27	Должны ли плательщик или получатель возмещать себе проценты за задержку перевода средств?	29I
Вопрос 28	Следует ли плательщику или получателю возмещать валютные потери из-за задержки перевода средств?	292
Вопрос 29	При каких обстоятельствах банк несет ответственность за возникшие убытки?	293
Вопрос 30	Необходимы ли специальные нормы, регулирующие межбанковскую ответственность в связи с задержкой возмещения или ошибочным переводом средств	294

		Стр.
Вопрос 3I	Каковы должны быть последствия окончательности перевода средств или операции по переводу средств?	295
Вопрос 32	Должны ли переводы средств становиться окончательными для некоторых или всех целей после того, как имело место конкретное событие, или к конкретному моменту времени в течение дня?	295
Вопрос 33	Каковы должны быть последствия для перевода кредита между двумя клиентами, когда операция по переводу средств между двумя банками становится окончательной?	297
Вопрос 34	Должна ли гарантия акцепта поручения о переводе средств банком плательщика влиять на время окончательности перевода средств?	298
Вопрос 35	Необходима ли конкретная норма в отношении того, должен ли банк плательщика, которому направлены средства для выдачи их плательщику по предъявлении им соответствующего удостоверения, хранить средства для плательщика или получателя?	299
Вопрос 36	Следует ли момент выполнения основного обязательства в результате перевода средств ставить в зависимость от способов, используемых банком для осуществления перевода средств? Должен ли момент выполнения обязательства совпадать с моментом, когда перевод средств становится окончательным?	299
Вопрос 37	Следует ли в нормах, регулирующих перевод средств, учитывать возможность того, что банк может не произвести расчет?	300
Вопрос 38	Может ли перевод средств стать окончательным после установленных часов работы?	30I
Вопрос 39	Когда следует считать запись о дебете или кредите занесенной на счет?	30I
Вопрос 40	В какой последовательности следует рассматривать занесение различных записей на счет?	302
Вопрос 4I	Имеет ли банк право заполучить назад ошибочно переведенный кредит путем аннулирования записи в счете кредитуемой стороны?	303

ВВЕДЕНИЕ

I. В предшествующих главах настоящего правового руководства говорится о связи между развитием электронного перевода средств и развитием систем перевода средств с помощью бумажных документов в контексте правового режима, регулирующего перевод средств. В настоящей главе излагается ряд правовых проблем, вытекающих из развития таких систем переводов, которые следует рассматривать в качестве вопросов для рассмотрения при разработке новых норм, необходимых в связи с введением в практику электронного перевода средств. Большинство этих проблем затрагивает конкретные вопросы, связанные с соответствующей правовой нормой, и основано на обсуждении, изложенном в предшествующих главах. Некоторые из проблем затрагивают вопросы общего направления политики. После каждого вопроса приводится краткий комментарий, содержащий некоторые факты, которые могут оказать влияние на принятие решения по поставленному вопросу.

2. Комментарии содержат ссылки на те части предшествующих глав, которые непосредственно относятся к поставленному вопросу, а также на отдельные материалы, выходящие за рамки правового руководства. Упомянутые главы имеют следующие сокращенные названия:

"Терминология"	"Терминология"
"Система электронного перевода средств в общих чертах"	"ЭПС в общих чертах"
"Соглашения о переводе средств и поручения о переводе средств"	"Соглашения"
"Обман, ошибки, неправильная обработка поручения о переводе средств и связанная с этим ответственность"	"Ответственность"
"Окончательность перевода средств"	"Окончательность перевода"

Вопрос I

Ведет ли развитие электронного перевода средств к существенному изменению правовых норм?

Комментарий

I. Поскольку основополагающие процедуры перевода средств остаются неизменными независимо от того, используется ли в качестве средства связи бумажный документ или электронные средства связи, можно было бы ожидать, что правовые нормы, регулирующие перевод средств с помощью бумажных документов, будут в основном соответствовать электронному переводу средств. Однако, поскольку электронный перевод средств осуществляется в отличие от перевода средств бумажными документами иным методом, возникает необходимость в изменении правовых норм для приведения их в соответствие с новыми процедурами. В следующих пунктах приводятся некоторые основные элементы, которые будут влиять на необходимость возможного изменения права, предусмотренного для перевода средств с помощью бумажных документов, в целях приведения его в соответствие с электронным переводом средств.

2. Поскольку основной объем электронного перевода средств осуществляется с помощью перевода кредита, страны, в которых для перевода средств широко используется чек, могут практически не иметь правовых норм, непосредственно применимых к такому виду перевода. Хотя в настоящем правовом руководстве неоднократно указывалось на идентичность и сопоставимость правил, регулирующих переводы дебета и кредита, тем не менее правила, разработанные для выдачи, инкассации и оплаты чеков с учетом их элементов оборачиваемости, не могут без их существенного изменения применяться к переводам кредита.

3. С устранением всех элементов оборачиваемости из электронного перевода средств, за исключением тех переводов, которые связаны с усечением чеков, векселей или других оборотных поручений по переводу дебета, появляется возможность унификации и согласования правовых норм перевода дебета с правовыми нормами перевода кредита. Правила, регулирующие функционирование сетей электронного перевода средств, по которым осуществляются переводы средств обоих типов уже могут быть в некоторой степени согласованы. Еще более реальная возможность согласования правовых норм возникает при пересмотре норм статутного права, регулирующих переводы средств, в целях их распространения на электронный перевод средств.

4. Даже в странах с достаточно развитой правовой структурой, используемой для перевода кредитов с помощью бумажных документов, новая технология требует корректировки правовых норм по таким вопросам, как сроки, в течение которых должны осуществляться те или иные операции, наличие или отсутствие ответственности в связи со сбоем в работе ЭВМ в одном из банков, расчетных палатах или системах связи, момент, когда перевод средств считается окончательным, и последствия окончательности перевода. Внесение поправок такого характера в существующие правовые нормы не отразится на их структуре, однако может в значительной степени изменить их содержание.

5. Несмотря на то, что отсутствие элемента оборачиваемости в электронном переводе средств позволяет упростить правовые нормы путем согласования правовых норм, регулирующих перевод дебета и кредита, техническое совершенствование перевода средств по нескольким альтернативным направлениям и постоянное изменение технологии этого процесса может привести к возникновению новых областей права. Может оказаться целесообразным проведение различий между переводами средств, обрабатываемыми группами, и индивидуальными переводами средств, направляемыми по каналам электросвязи, между сделками, в которых используются дебетные карточки, и сделками, в которых используются кредитные карточки, между переводами, осуществляемыми с терминалов, находящихся у клиентов, и переводами, осуществляемыми с помощью электронных средств связи, из банка. В определенной степени такие различия могут быть достаточно точно зафиксированы в контрактах между банками и их клиентами и в межбанковских правилах, регулирующих различные системы перевода средств. Однако в отдельных случаях целесообразно отразить эти различия в нормах статутного права, регулирующих переводы средств. Если число специальных правил, являющихся результатом этих различий, невелико, то вопрос о них можно рассматривать в рамках общего права, регулирующего перевод средств. Если же число специальных правил значительно, то, вероятно, предпочтительнее принять специальные правовые нормы, подобные тем, которые в настоящее время применяются в отношении перевода дебета и перевода кредита. В любом случае сохранится потребность в правилах, регулирующих перевод средств с помощью бумажных документов и, в частности, распространяющихся на чеки и векселя.

6. Некоторые вопросы, возникающие в связи с электронным переводом средств, являются общими для всех форм автоматической обработки данных; соответственно, правовые нормы также могут быть общими для всех подобных сделок. Важным среди этих вопросов является вопрос о доказательной значимости регистрационных данных ЭВМ о поручениях на перевод средств, отправляемых и получаемых в форме, пригодной для обработки на ЭВМ, и данных о состоянии счетов, хранящихся в таком виде. Особо сложный вопрос - это приемлемость средств установления подлинности, используемых при электронном переводе средств. В некоторых случаях правила, относящиеся к этим вопросам, проще обнаружить в правовых нормах, регулирующих перевод средств, чем в законах, имеющих общее применение.

7. Расширение практики электронного перевода средств наряду с ростом международных переводов средств на большие и малые суммы ведет к международной стандартизации процедур перевода средств и к повышению интереса к унификации и согласованию применяемых правовых норм в международном масштабе. Настоящее правовое руководство является важным шагом в этом направлении. Следующим шагом будет разработка правил, соответствующим образом регулирующих различные аспекты международного перевода средств. Затем будет проведена унификация или согласование некоторых аспектов внутригосударственного права, в частности, в отношении тех аспектов перевода средств, которые являются внутригосударственным продолжением международного перевода средств.

Вопрос 2

К каким типам финансовых сделок должно применяться право перевода средств?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. 44-47

Вопрос 4, п. 5

Комментарий

1. В ряде стран учреждения, которые принимают депозитные вклады и которым ранее не позволялось осуществлять перевод средств от имени клиентов, в настоящее время получили такое право. Однако в некоторых странах право перевода средств применяется только к переводам, касающимся дебетования и кредитования текущих счетов, находящихся в банке, поскольку в соответствующем праве термин "банк" имеет узкое значение. Переводы средств в отношении дебетования текущего счета в учреждениях, принимающих депозитные вклады другого типа, включая переводы средств по дебетованию счетов в почтовой системе, часто регулируются отдельным сводом правил, даже если эти правила и являются часто такими же или аналогичными по своему содержанию правилам, регулирующим переводы средств, осуществляемые через банки. Распространение на переводы средств, осуществляемые по каналам всех учреждений, принимающих депозитные вклады, одного и того же свода правовых норм, не вызовет технических трудностей в случае, если такая мера будет считаться желательной.

2. Помимо счетов в учреждениях, принимающих депозитные вклады, клиенты могут иметь средства в различных финансовых учреждениях других типов, например у брокеров фондовых или товарных бирж или в страховых компаниях. В некоторых странах клиенты получили возможность переводить такие кредитовые сальдо целиком или частично на счета других сторон, находящихся в этом же учреждении, другом учреждении такого же типа или банке. Такая получающая распространение практика ставит важные вопросы кредитно-денежного регулирования в отношении банковских операций и систем перевода средств в целом. В этой связи встает также вопрос о том, должны ли эти переводы остатков на счетах, если они вообще допускаются, регулироваться правом перевода средств или к ним следует применять иной правовой режим. В случае применения иного правового режима возникает необходимость рассмотрения целого ряда правовых проблем, идентичных или аналогичных проблемам, связанным с правом перевода средств.

3. Кредитная сделка может не рассматриваться в качестве перевода средств для целей применения соответствующей правовой нормы перевода средств, например касающейся последствий мошеннической сделки или окончательности дебета, поскольку дебет обычно рассматривается в качестве продолжения кредита, к которому могут применяться отдельные правила потребительского кредита и который впоследствии должен быть погашен с помощью кредита с другого счета клиента. Право перевода средств можно рассматривать как применимое только к погашению клиентом дебета и, возможно, к погашению задолженности перед торговцем или другим акцептантом карточки.

4. Тем не менее, когда счет находится в банке или в другом учреждении, принимающем депозитные вклады, такие сделки, вероятно, целесообразно относить к категории переводов средств, в частности, поскольку дебетные сделки по счетам, находящимся в банках, со всей очевидностью относятся к категории перевода средств. Если кредитные сделки по счетам, находящимся в банках, рассматриваются в качестве перевода средств, то в этой связи встает вопрос, следует ли также распространять право перевода средств на кредитные сделки, ведущие к дебетованию счета, находящегося в учреждении, которое не является ни банком, ни каким-либо учреждением другого типа, принимающим депозитные вклады. Решение этого вопроса может зависеть от того, производится ли расчет бумажной кредитной карточкой или электронным оправдательным документом (поручение о переводе дебета) по банковским каналам или иным образом. Однако такой критерий может оказаться непригодным для принятия решения в результате последующих изменений в процедурах расчетов.

5. Почти аналогичная проблема может возникнуть в случае использования карточки на микросхемах, стоимость которой была определена банком до ее выдачи клиенту. Выдача карточки с фиксированной стоимостью клиенту и дебетование его счета можно рассматривать в качестве завершенного перевода средств, аналогичного продаже дорожных чеков. Использование карточки приводит в действие процедуру погашения банком задолженности перед торговцем, которую можно рассматривать в качестве формы электронного перевода дебета, подобной инкассации дорожного чека. Однако если считать карточку с фиксированной стоимостью особой формой банковского счета, то выдача такой карточки с фиксированной стоимостью клиенту будет, по сути дела, являться просто вручением клиенту средства доступа к этому счету. Тем не менее, последствия для банка и клиента, вытекающие из выдачи карточки с фиксированной стоимостью клиенту, могут быть надлежащим образом предусмотрены в праве перевода средств так же, как последствия для банка и клиента, вытекающие из выдачи чеков, дебетных карточек и других средств доступа к счетам, предусмотрены в праве перевода средств.

Вопрос 3

Должно ли право, регулирующее переводы средств, отражать возросшую роль системы перевода средств в межбанковских индивидуальных переводах средств?

Справочные материалы

"Терминология", пп. I-7

"ЭПС в общих чертах", пп. I-5

"Ответственность", пп. 56-60

Вопросы I3, I6, I8, 22, 23

Комментарий

I. До недавнего времени в большинстве стран используемые системы перевода средств существенно не ограничивали банки в выборе методов перевода средств. Небольшой объем перевода средств позволял рассматривать каждое поручение на перевод средств в качестве индивидуальной операции, требующей конкретного решения каждого банка в цепи переводов в отношении того, каким способом его осуществлять.

2. Последние технические достижения привели к созданию специальных сетей связи и сетей перевода средств и вызвали необходимость стандартизации многих аспектов перевода средств. По этим сетям осуществляется большое число переводов средств, и от организации общей системы перевода средств зависит оперативность, точность и надежность переводов средств.

3. К одному из факторов, определяющих возможную степень сознательного учета возросшей роли этой системы в праве, регулирующем перевод средств, относится степень раздробленности банковской системы. Там, где имеется лишь несколько банков с многочисленными отделениями, каждый банк представляет собой значительную часть системы перевода средств в целом. В этом случае банк неизбежно несет ответственность как за конструкцию электронного оборудования в том или ином отделении, так и за организацию работы системы связи между отделениями. Поскольку часто банк является одновременно банком плательщика и банком получателя средств, большинство правовых проблем, вытекающих из передачи поручений по переводу средств из одного банка в другой, отпадает. Таким образом, нет существенного различия между правилами, основанными на концепции банка как индивидуальной единицы и банка как части целой системы перевода средств.

4. В том случае, когда банковская система раздроблена и в операциях по переводу средств участвует большое число банков, различие между банком как индивидуальной единицей и банком, являющимся частью целой системы перевода средств, естественно, более существенно. Этот факт может привести к двум различным вариантам. С одной стороны, с точки зрения права, вероятно, важнее прямо признать, что банк действует в рамках системы по переводу средств. С другой стороны, банки могут противиться утрате определенной степени независимости, связанной с таким признанием.

5. Раздробленность банковской системы особым образом влияет на международный перевод средств. Это связано не только с тем, что в переводе средств участвуют многие банки разных стран, но и то, что различная банковская практика и различные правовые нормы ведут к изоляции банков друг от друга. Однако, вероятно, именно в области международного перевода средств происходит наиболее существенное изменение практики отдельных банков, обусловленное техническими требованиями конкретных сетей перевода средств и системы перевода средств в целом.

6. Важная роль, которую эта система играет в переводе средств, может быть отражена в праве различными способами. В процессе разработки правил для системы могут быть взяты за основу соглашения между банками, включая регламенты расчетных палат. В этих правилах или непосредственно в законе может быть указано на единственную сторону, несущую ответственность перед клиентом за ошибки или обман, допущенные в каком-либо звене системы. От банков можно потребовать применения единообразных процедур для участия в той или иной системе перевода средств. Если они несут убытки в результате просчета в системе или в ее реализации, то они могут иметь право на компенсацию со стороны системы в целом или со стороны других банков-участников.

Вопрос 4

Должны ли переводы средств между плательщиком и получателем и сделки, обеспечивающие перевод средств, регламентироваться одними и теми же правилами? Если правила в отдельных аспектах не совпадают, то должны ли эти различия отражаться в праве или в соглашениях между банками?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. 23-30

Вопрос 2, пп. 3-4, и 5

Комментарий

I. Сделки по переводу средств между банками, осуществляющими межбанковский перевод средств от плательщика к получателю, можно рассматривать с двух точек зрения. Традиционная точка зрения заключается в том, что в большинстве стран сделки по переводу средств носят вспомогательный характер по отношению к переводу средств. Межбанковские соглашения по переводу средств используются в основном для регулирования технических связей между банками и не затрагивают или не должны затрагивать юридических прав плательщика и получателя. Вторая точка зрения, наиболее отчетливо проявляющаяся в области перевода кредита, осуществляемого в индивидуальном порядке с помощью средств электросвязи, состоит в том, что основным элементом является сделка по переводу средств между банком-отправителем и банком-получателем. Перевод кредита между банками служит для различных целей, и только одна из них сводится к выполнению поручения клиента. Тот факт, что конкретная сделка по переводу средств осуществляется в соответствии с поручением клиента, представляет для банка-отправителя оперативный интерес, поскольку он должен дебетовать соответствующий счет клиента. Однако для банков-посредников такая сделка не представляет оперативного интереса, за исключением случаев, когда было получено специальное сообщение и когда конкретные поля данных в поручении на перевод средств содержали информацию, подлежащую передаче другому банку.

2. Поскольку каждая сделка по переводу средств рассматривается банками в качестве самостоятельной и законченной банковской сделки, можно ожидать, что правовые проблемы, такие как определение времени окончательности сделки или ответственность за ошибки, будут точно такими же, как и в отношении самого перевода средств. В случае отсутствия любых других правил можно ожидать, что будут применяться правила, регулирующие перевод средств. Однако можно предположить, что соответствующие правила, регулирующие сделку по переводу средств между двумя банками, могут несколько отличаться от соответствующих правил перевода средств между двумя лицами, не являющимися клиентами банка, даже если сделка по переводу средств заключается в целях осуществления перевода клиента.

3. Если желательно иметь правила для сделок по переводам средств, которые несколько отличались бы от правил, регулирующих переводы средств между клиентами банка, то можно было бы рассмотреть вопрос о целесообразности использования этих правил в качестве части общего права перевода средств или в качестве отдельного раздела права, регулирующего межбанковские отношения, или в качестве объекта межбанковских соглашений. В поддержку идеи принятия правил в форме правовых норм говорит следующее: поскольку можно ожидать, что правила, регулирующие сделки по переводу средств, могут оказывать влияние на перевод средств клиента, они должны быть разработаны таким образом, чтобы не ущемлять юридических прав клиентов. Соответственно, было бы желательно представить их на рассмотрение общественности, как это обычно практикуется в отношении предлагаемых законодательных актов. В поддержку идеи принятия правил в форме межбанковского соглашения говорит то, что в различных системах перевода средств могут применяться различные правила. Кроме того, учитывая технический характер многих правил и необходимость внесения в них изменений по мере развития техники и банковской практики, возможно, целесообразно придать им более гибкую форму. Можно ожидать, что для клиента банка они будут иметь такое же значение и не более, как и нынешние правила или банковская практика, регулирующие технические аспекты сделок по переводу средств.

4. Особое внимание может быть уделено целесообразности разработки согласованных правил, регламентирующих аспекты международных сделок по переводу средств на большие суммы. Поскольку внутренние правила, регулирующие межбанковские переводы, которые могут также широко применяться и к международным переводам, имеют серьезные различия, можно надеяться, что осуществление, по мере возможности, унификации или согласование этих правил принесут значительные положительные результаты.

5. Несколько иное положение складывается в отношении международных сделок с использованием кредитной и дебетовой карточек. До выдачи карточек в одной стране и их принятия в другой в обязательном порядке заключается межбанковское соглашение, регулирующее технические и юридические аспекты. Каждая сеть имеет специфические соглашения. Поэтому в большинстве стран уже действует несколько межбанковских соглашений, регулирующих использование кредитных и дебетовых карточек в международных сделках. Поскольку поручения на перевод средств с помощью кредитной и дебетовой карточки в настоящее время по техническим соображениям осуществляются по специальным каналам, то это не приводит к серьезным конфликтам с другими формами международного перевода средств. Однако если такая практика международного перевода средств будет продолжать расширяться, то, возможно, потребуется рассмотреть взаимосвязь этой формы перевода с правовым режимом, регулирующим другие формы международного перевода средств.

Вопрос 5

Следует ли разрабатывать согласованные на международном уровне правила для регулирования международного электронного перевода средств?

Справочные материалы

Проект конвенции о международных переводных и международных простых векселях (A/41/17, приложение I)

Вопросы 4 и 6

Комментарий

1. С момента выдачи плательщиком своему банку поручения на перевод средств получателю в иностранный банк начинается международный перевод средств. В ходе своего осуществления международный перевод средств представляет собой довольно сложное переплетение национальных и международных интересов. Перевод средств от плательщика к получателю сам по себе является международным процессом. Самая первая и последняя операции: выдача плательщиком поручения на перевод средств, дебетование его счета банком и кредитование счета получателя - являются внутренними операциями, аналогичными операциям, совершаемым при внутреннем переводе средств. При этом требуется заключение между банками различных стран одной или более сделок по переводу средств, кроме того, необходимо наличие возможности заключения одной или более сделок на перевод средств в стране плательщика и в стране получателя.

2. Данная ситуация имеет некоторое сходство с доставкой груза из пункта, находящегося внутри одной страны, в пункт, находящийся внутри другой страны, в том отношении,что экономическая деятельность одного грузоотправителя может осуществляться внутренними перевозчиками обеих стран, а также одним или более международными перевозчиками. Существует определенное противоречие между необходимостью или желательностью разработки отдельных правовых режимов для регулирования каждого внутреннего или международного участка перевозки и необходимостью или желательностью разработки одного единого правового режима для регулирования перевозки в целом. В контексте перевозки грузов стремление к единому правовому режиму, охватывающему перевозку в целом, привело к принятию Конвенции Организации Объединенных Наций о международной смешанной перевозке грузов. Однако эта Конвенция не заменяет правовые режимы, регулирующие отдельные участки перевозки; скорее она координирует некоторые юридические аспекты.

3. В настоящее время нет правил, регулирующих международный перевод средств, за исключением правил СВИФТ, охватывающих передачу поручения на перевод средств по соответствующей сети связи и правила этой сети для используемых в международном масштабе кредитных карточек и дебетных карточек. Вследствие этого в ходе международного перевода средств или одной или более операций *по международным сделкам перевода средств правила, регулирующие коллизию правовых норм*, будут отсылать к материальному праву одной из заинтересованных стран. Упомянутое право может включать или не включать специальные правовые нормы,регулирующие международный перевод средств или, не имея специально разработанных норм, может признавать расхождения, вытекающие из международного перевода средств. К числу этих серьезных расхождений относится то,что определенная часть перевода средств выполняется в другой стране в соответствии с местными банковскими законами и практикой.

4. Основной подход, использованный в проекте конвенции о международных переводных и международных простых векселях, подготовленном Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, заключается в том, что проект конвенции должен регламентировать поручения на перевод средств, выданные плательщиком, и все сделки по переводу средств, необходимые для выполнения этого поручения. Тем не менее можно отметить, что в проекте конвенции указывается, что отдельные правовые проблемы, касающиеся векселя, не регулируются этой конвенцией. Особый интерес представляет тот факт, что права и обязанности банка-посредника, который становится индоссантом векселя, регулируются конвенцией даже в тех случаях, когда переводной вексель поступает к ним из другого банка их собственной страны. Это соответствует традиционной точке зрения, отмеченной в вопросе 4, а именно: межбанковские сделки,заключаемые во исполнение поручения на перевод средств лица, не являющегося клиентом банка, являются вспомогательными по отношению к переводу средств. Использование такого же подхода для электронного перевода средств приведет к тому, что сделка по переводу средств между внутренним банком-плательщиком и внутренним банком-посредником будет регулироваться международными правилами. Это будет иметь особое значение для внутренних систем электронного перевода средств, которые осуществляют внутреннюю связь при международных переводах средств.

5. Возможное влияние проекта конвенции ограничивается ее статьей I о сфере применения, в которой предусматривается, что проект конвенции применяется только в том случае, если стороны выбрали ее в качестве регулирующей правовой нормы при использовании переводных векселей; в ней содержатся слова "международный переводной вексель (Конвенция...)". Соответственно, она не будет применяться ко всем видам переводных векселей, используемых в международных сделках между сторонами в договаривающихся государствах. Аналогичные ограничения можно было бы ввести в правила, регулирующие международный электронный перевод средств, и в этом случае поручение на перевод средств, направляемое банком-плательщиком и каждым банком-посредником, должно содержать такую информацию.

6. Менее радикальный подход, чем тот, который использован в проекте конвенции, состоит в том, что, с одной стороны, связь между плательщиком и получателем и, с другой стороны, между всеми банками в цепи перевода средств будет регулироваться согласованными в международном масштабе правилами, а межбанковские сделки по переводу средств будут регламентироваться соответствующим внутренним правом, дополненным любыми применимыми межбанковскими соглашениями. Если будет использован этот подход, то необходимо принять решение о том, какими положениями следует руководствоваться в случае, когда международные правила предоставляют плательщику или получателю права в отношении одного из банков, а соответствующий закон или межбанковское соглашение содержат противоречащие им положения относительно осуществления сделки по переводу средств. Например, международные правила могут предоставить право на отзыв получения о переводе средств до того момента, пока не будет окончательно кредитован счет получателя, а правила, регулирующие сеть, по которой осуществляется перевод средств, могут ограничить возможность отзыва поручения о переводе средств банком-плательщиком (см. вопрос 33).

Вопрос 6

Следует ли разрабатывать согласованные на международном уровне нормы коллизионного права для международного электронного перевода средств?

Справочные материалы

Вопрос 5

Комментарий

1. В отсутствие общепринятого правового режима, регулирующего операции по международному электронному переводу средств, видимо, можно рассмотреть принятые на международном уровне нормы коллизионного права.

2. Появление согласованных на международном уровне правовых норм больше всего способствовало бы развитию такого аспекта права перевода средств, как отношения плательщика и получателя между собой и их отношения с банками, осуществляющими перевод средств. Особые трудности могут возникать тогда, когда перевод средств осуществляется в валюте третьей страны и банки этой страны становятся участниками операции по переводу средств в качестве банков-посредников или банков-плательщиков. Существенная сложность, которая наиболее очевидна и которую можно было бы как-то преодолеть путем установления согласованных на международном уровне норм коллизионного права, заключается в отсутствии общего мнения о том, имеются ли у банка-посредника какие-либо обязанности непосредственно перед плательщиком (например, когда он выступает в качестве агента плательщика при назначении направляющим банком) или же обязательства банка-посредника ограничиваются его отношениями с направляющим банком, с которым у него существует договорная связь. Хотя эта проблема чаще всего появляется в связи с ответственностью за ошибки или задержку, она может возникать также и в тех случаях, когда речь идет о том, может ли плательщик или банк плательщика давать инструкцию непосредственно банку-посреднику, с которым у него нет договорных отношений, воздержаться от дальнейшей обработки поручения о переводе средств, которое банк-посредник получил от другого банка-посредника.

3. Возможно, проблемы, связанные с коллизионными нормами, касающимися операций по переводу средств, легче поддаются решению, поскольку каждая операция по переводу средств представляет собой простую двустороннюю договоренность. Вероятно, трудность здесь может представлять только вопрос, связанный с поручением об электронном переводе средств из одной страны в другую, между тем как операции по переводу средств в пределах одной страны, предшествующие данному международному переводу и следующие за ним, как правило, регулируются внутренним законодательством.

4. При рассмотрении вопроса о разработке норм коллизионного права представляется, что этого нельзя сделать достаточно эффективно лишь силами сообщества банков. Можно рассчитывать на то, что суды будут обеспечивать соблюдение межбанковских соглашений, в которых содержатся конкретные правила, регулирующие взаимоотношения между банками, и оговаривается выбор правового положения, регулирующего взаимоотношения двух банков при осуществлении операции по переводу средств. Однако маловероятно, что они будут обеспечивать выбор правовых положений в межбанковском соглашении, подготовленном для принятия всеми банками в целом, с указанием правил урегулирования всех возможных конфликтов, которые могут возникнуть в ходе осуществления различных операций по переводу средств. Также маловероятно, что они будут обеспечивать соблюдение подготовленных банками норм коллизионного права, регулирующих взаимоотношения плательщика и получателя с банками, осуществляющими данный перевод.

5. Поэтому если допустить, что принятие государствами согласованных в международном масштабе норм коллизионного права, касающихся международных операций по электронному переводу средств, целесообразно, то лучше всего, видимо, чтобы эти нормы разрабатывались соответствующим международным органом.

Вопрос 7

Придают ли доказательственные правила записям о переводе средств в машинно-считываемой форме ту же правовую ценность, что и записям, составляемым на бумаге?

Справочные материалы

Правовая ценность записей ЭВМ: доклад Генерального секретаря, A/CN.9/265

Вопросы 21, 22

Комментарий

I. Хотя доказательственные правила не являются частью права электронного перевода средств, для того чтобы внутренние или международные операции по электронному переводу средств осуществлялись с правовыми гарантиями, доказательственные правила должны предоставлять банковским записям, хранящимся в машинно-считываемой форме, ту же степень правовой ценности, что и записям, хранящимся или производимым в виде бумажных документов. Поэтому значительная часть многих национальных исследований по правовым аспектам электронного перевода средств посвящена вопросу о доказательствах.

2. Результаты обзора, проведенного секретариатом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, показывают, что в большинстве стран записи, хранящиеся в ЭВМ, можно использовать в качестве доказательства в случае судебного разбирательства. В странах общего права машинные записи обычно принимаются в качестве доказательства только в тех случаях, когда сторона, представляющая запись, устанавливает определенные факты в отношении данной записи и данной компьютерной системы. Самое важное заключается в том, чтобы эта система имела соответствующую конструкцию и достаточно легко поддавалась управлению, с тем чтобы вероятность появления неправильной информации в данной записи свести к минимуму. В некоторых странах общего права с записями финансовых учреждений связано меньше формальностей. В странах с другими правовыми системами для того, чтобы компьютерная запись была принята в качестве доказательства, не обязательно устанавливать, что данная система имеет соответствующую конструкцию и легко поддается управлению. Однако во всех правовых системах можно оспаривать точность машинной записи, в частности, на том основании, что данная компьютерная система имеет не ту конструкцию или плохо поддается управлению.

3. В ряде стран, где имеется исчерпывающий перечень видов допустимых доказательств, машинные записи допускаются в коммерческих спорах, но могут не рассматриваться в качестве доказательств в некоммерческих спорах. Поскольку последняя категория может включать в себя большинство операций, производимых через автоматы для выдачи наличных, банковские автоматы и терминалы в торговых точках, в этих странах могут возникать значительные проблемы, связанные с электронным переводом средств. В частности, если некоммерческий клиент отрицает факт использования им предназначенного для клиента терминала, для банка может быть трудно или даже невозможно доказать противное только на основании машинной записи данной операции (см. вопрос 21). В некоторых странах, законы которых содержат требование о предоставлении суду вспомогательной информации, на основании которой суд мог бы определить, следует ли принимать машинную запись в качестве доказательства, предусмотренные законом требования составлены с учетом обработки данных в пакетном режиме, и поэтому могут возникнуть трудности при использовании машинных записей, содержащих поручение о переводе средств, которое составлялось в одном компьютере и передавалось в другой компьютер либо путем передачи запоминающего устройства ЭВМ, либо с помощью электросвязи.

4. По-видимому, до сих пор не имеется прецидента использования машинных записей, составленных в одной стране, в качестве доказательства в судах другой страны на тех же условиях, что и использование машинных записей, составленных во втором государстве. Любые связанные с этим трудности могут создать серьезную проблему для международных операций по электронному переводу средств.

5. С выведением из оборота поручений о переводе дебета или кредита с помощью бумажных документов и направлением основных данных с помощью электронных средств могут возникнуть вопросы о доказательной ценности записей ЭВМ в банке, сокращающем объем бумажных документов, или в получающем банке по сравнению с ценностью поручений, выполненных на бумаге. Многим государствам может потребоваться постоянная твердая копия оригинала бумажных поручений, но они могут согласиться и с тем, чтобы твердая копия хранилась в виде микрофильма.

Вопрос 8

Являются ли необходимыми изменения в законодательстве для выведения из оборота чеков, переводных векселей и других поручений о переводе дебета в банке депонирования?

Справочные материалы

"Соглашения", пп. I3-I8

Конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселях (Женева, 7 июня I930 года)

Конвенция, устанавливающая единообразный закон о чеках(Женева, I9 марта I93I года)

Комментарий

1. В тех странах, где банки выводят из оборота чеки и другие поручения о переводе дебета, такая практика началась без каких-либо изменений в законодательстве, регулирующем эти операции. По-видимому, банки определили, что экономия в результате вывода чеков из оборота превысит предполагаемые убытки, которые они будут иногда нести, поскольку они не могут действовать согласно требованиям закона, установленным еще до того, как вывод чеков из оборота стал возможным. Вместе с тем в ряде других стран озабоченность в связи с потерями, которые могут возникнуть в результате выведения из оборота чеков без изменения предусмотренных законом требований, существенно затормозила развитие нового способа перевода средств. Поэтому во всех странах, в которых серьезно рассматривается вопрос об отказе от чеков, следует обсудить также возможность внесения поправок в законы о чеках и переводных векселях с целью недопущения любых убытков для банков, которые они могут понести и которые не оправданы с точки зрения государственной политики.

2. Основной риск, связанный с выведением из оборота чеков, заключается в том, что банк трассата не может установить подлинность подписи трассанта до принятия чека к платежу. Однако такое положение немногим отличается от ситуации, наблюдающейся во многих странах, где банки не сравнивают подписи на подавляющем большинстве чеков. Кроме того, трассант большого количества чеков может представить банку трассата на бумаге или магнитной ленте перечень номеров чеков или сумму всех выписанных чеков, что позволит трассату в значительной степени удостовериться в подлинности усеченных чеков. Поэтому представляется разумным, что банк трассата по-прежнему должен нести риск, связанный с тем, что чек, переводимый электронным способом, может оказаться фальшивым. В качестве альтернативы в закон можно было бы внести поправки, предусматривающие, например, возможность дебетования банком трассата счета трассанта даже в тех случаях, когда его подпись не является подлинной, если выставлен номерной чек, выданный трассанту его банком, и трассант не оповестил этот банк об утрате номерного чека. Такое положение по существу воспроизводит правило, повсеместно применяемое в отношении дебетовых и кредитовых карточек.

3. В большинстве стран, в законодательстве которых предусмотрено, что чек можно акцептовать только в случае его физического представления в банк трассата, такие законодательные положения часто можно истолковать в том смысле, что должны быть представлены данные на чеке, а не сам физический чек в качестве носителя таких данных. В тех случаях, когда такое толкование невозможно или неприемлемо, данный закон можно соответствующим образом изменить. Подобный вопрос может возникнуть также в отношении того, был ли чек представлен в какие-либо установленные сроки и в срок после отказа от акцепта, приемлемый для представления уведомления об отказе от акцепта или для опротестования.

4. В некоторых странах банку трассата вменяется в обязанность проверять, не был ли чек представлен до даты, проставленной на чеке, и наоборот, не выписан ли чек так давно, что уже утратил свою силу. Такие проверки могут легко осуществляться банком, переходящим на электронное обслуживание, и наиболее разумным для банков будет, видимо, достижение договоренности о том, что любые убытки, понесенные банком трассата в его отношениях с трассантом, будут возмещены ему банком, переходящим на электронное обслуживание. Аналогичным образом, у банка, переходящего на электронное обслуживание, как и у банка трассата имеются все возможности для того, чтобы установить, был ли чек существенно изменен, и пометить чек таким образом, чтобы он не мог быть представлен вторично.

5. В тех случаях, когда опротестование должно быть непосредственно на неакцептованном чеке, целесообразно, видимо, изменить закон так, чтобы опротестование или равное ему действие можно было совершить каким-либо другим надлежащим образом. Аналогично этому в тех случаях, когда аннулированные чеки должны быть возвращены трассанту до начала срока, в течение которого тот может уведомить банк о неправильном дебетовании его счета, закон также следует изменить в целях устранения этого правила.

6. Государства, являющиеся сторонами женевских конвенций о векселях и чеках, нарушили бы свои обязательства по договору, если бы они оказались вынужденными внести изменения в свои национальные законодательства с целью облегчить процесс вывода чеков из оборота.

Вопрос 9

Обусловливает ли разработка методов электронного перевода средств необходимость изменений в законе, регулирующем тайну банковских операций?

Справочные материалы

Конвенция о защите частных лиц в том, что касается автоматической обработки личных данных (Страсбург, 28 января 1981 года).

Руководящие принципы, регулирующие неразглашение и трансграничные потоки личных данных (Организация экономического сотрудничества и развития, Париж, 23 сентября 1980 года).

Комментарий

1. Банковская тайна является одним из наиболее важных аспектов продолжающихся в прессе прений относительно нарушений личной тайны, которым способствует хранение информации в ЭВМ, создание систем связи между ЭВМ и возможность доступа к таким данным на расстоянии. Кроме того, вызывает беспокойство то обстоятельство, что на основе информации о банковских операциях можно судить об основополагающих структурах экономической деятельности. Поэтому некоторые государства стремятся ограничить трансграничные потоки информации, посредством которых эта информация передается в другие государства для последующей обработки или использования.

2. Во многих странах в профессиональные обязанности банков входит содержание в тайне дел своих клиентов, за исключением тех случаев, когда раскрытие информации разрешено клиентом или вызвано государственной необходимостью в связи с соответствующими положениями закона. Невыполнение банком своих профессиональных обязанностей может повлечь за собой уголовную ответственность или ответственность перед клиентом за причиненный ущерб. В прошлом неразрешенное раскрытие тайны обычно представляло собой преднамеренное действие банка или одного из его служащих. В настоящее время, когда неразрешенное раскрытие тайны клиента может быть следствием доступа к ЭВМ банка посторонних лиц или перехвата поручения о переводе средств, переданного по каналам электросвязи, следует, вероятно, поставить вопрос о том, обладают ли банки более широкими функциями по созданию системы безопасности при передаче поручений о переводе средств и их хранении, которая ограничивала бы возможность доступа к таким данным.

3. Легкость осуществления международных переводов средств по системе электросвязи способствует сокрытию перевода средств, совершенного в таких целях, как оплата нелегальных сделок, уклонение от уплаты налогов или от валютного контроля путем быстрого перемещения средств через ряд счетов в различных местах. Государственные власти в ряде стран пытались противодействовать такой деятельности, проводя более тщательную ревизию банковских записей, касающихся перевода средств, включая в некоторых случаях бухгалтерские счета банков или их отделений в других странах. В некоторых случаях запросы о предоставлении информации о бухгалтерских счетах иностранных банков или отделений, направлявшиеся банкам или правительствам других стран, отклонялись под предлогом охраны банковской тайны или на том основании, что раскрытие такой информации явилось бы актом экономического шпионажа.

4. В настоящее время большую роль играют аргументы в пользу усиления банковской секретности перед лицом новых опасностей, связанных с применением ЭВМ, а также доводы в пользу более свободного доступа к банковским записям в ходе проведения уголовных расследований и расширения международного сотрудничества в этой области. Вместе с тем представляется, что вопросы такого характера и связанные с ними вопросы, можно будет решить в ходе прений на более широком уровне, не ограничиваясь обсуждением проблемы электронного перевода средств или даже банковской практики в целом.

Вопрос 10

Следует ли банкам заключать со своими клиентами письменные контракты, охватывающие права и обязанности клиентов и банков в связи с электронным переводом средств?

Справочные материалы

"Соглашения", пп. I-II

Комментарий

I. Вопрос о необходимости заключения письменных контрактов в разных странах трактуется по-разному. В тех странах, где письменные контракты не распространены, содержание соглашений между сторонами диктуется обычно банковскими традициями и практикой.

2. Однако, что касается новых способов передачи средств, и особенно электронного перевода средств, то здесь в банковских традициях и практике могут быть не предусмотрены необходимые аспекты многих проблем, которые при этом, возможно, возникнут. На практике банки всегда требуют письменных соглашений до выдачи кредитных или дебетовых карточек. Письменные контракты, видимо, не всегда требуются до того, как клиенты допускаются к участию в программах регулирования денежных операций и других операциях по переводу крупных средств, хотя они могут оказаться особенно полезными, поскольку возможны различия между некоторыми аспектами соглашения между банком и клиентом, что зависит от клиента.

3. За исключением некоторых аспектов контрактов, заключенных для операций по переводу крупных средств, соглашения между банком и клиентами составляются банками и представляются клиентам в качестве условия для открытия счета. В разных странах применяются различные способы ограничения потенциальных нарушений таких контрактов.

Вопрос II

Следует ли вводить какие-либо ограничения в отношении постоянных разрешений на дебетование?

Справочные материалы

"Соглашения", пп. 2I-23

Комментарий

I. Хотя постоянное разрешение на дебетование по существу является таким же, что и разрешение банку оплачивать указанные переводные векселя, выписанные на плательщика и домицилированные в данном банке, все же здесь существуют функциональные различия, которые могут вызвать некоторые затруднения. Наиболее важное из них состоит в том, что инкассо переводных векселей применяется только в целях обеспечения платежа от коммерческой стороны, в то время как постоянные разрешения на дебетование используются главным образом для сбора средств, поступающих на регулярной основе от покупателей. Вторым важным отличием является тот факт, что разрешение на оплату переводного векселя может быть вручено только банку плательщика, в то время как в некоторых странах постоянное разрешение на дебетование может быть вручено также банку получателя или даже самому получателю.

2. Может существовать мнение, что постоянное разрешение о дебетовании должно быть дано банку плательщика, поскольку это позволило бы банку плательщика установить достоверность разрешения до осуществления операции по переводу дебета на основании поручения, полученного от банка получателя или от получателя (в случае перевода в рамках одного банка). Однако, даже если постоянное разрешение о дебетовании дается банку плательщика, нет уверенности в том, что инструкция о переводе дебета, исходящая от получателя, достаточно верно отражает соответствующие обязательства по данной основной операции. Соответственно, возможно мнение, что во всех случаях плательщик должен иметь необусловленное право на конкретный период времени для того, чтобы потребовать отмены дебета в случае обнаружения им каких-либо несоответствий. Безусловно, отмена дебета восстановит обязательство плательщика, касающееся осуществления платежа в соответствии с основным обязательством. Следует рассмотреть вопрос о наложении штрафа на плательщика, требующего отмены дебета в случае, если велось действительное разрешение и у плательщика не было веской причины сомневаться в правильности суммы, подлежащей дебетованию.

3. В межбанковских соглашениях, включающих постоянное разрешение на дебетование, должна предусматриваться гарантия со стороны банка получателя в том, что последний возместит банку плательщика любой дебет, который банк получателя вынужден отозвать по требованию плательщика. Банк получателя должен иметь аналогичную гарантию со стороны получателя.

4. В тех случаях, когда поручения о переводе дебета на одну и ту же сумму направляются часто и регулярно, плательщик имеет возможность легко планировать свои потоки наличности. Если же перевод средств осуществляется нерегулярно, не часто и сумма при этом бывает разной, плательщик, особенно некоммерческий плательщик, может не иметь возможности должным образом планировать свои потоки наличности. Масштабы этой проблемы в значительной мере зависят от того, в какой степени плательщикам, особенно некоммерческим плательщикам, разрешается иметь дебетовое сальдо на своих счетах при умеренных ставках процента. Если затруднения в данном случае существенны, можно рассмотреть вопрос о том, чтобы потребовать от получателя, банка получателя или банка плательщика своевременно уведомлять плательщика о дате и размерах предстоящей дебетовой суммы, чтобы он мог скорректировать движение своей денежной наличности. Можно также обсудить вопрос о том, чтобы разрешить плательщику аннулировать свое разрешение до дебетования его счета.

Вопрос I2

Следует ли устанавливать правовое требование в отношении необходимой при электронном переводе средств формы установления подлинности?

Справочные материалы

"Соглашения", пп. 26-39

Вопрос 2I

Комментарий

I. Как представляется, ни в одной стране не требуется выдавать поручения о переводе средств в письменном виде. Именно поэтому банки могут использовать различные способы электронного перевода средств, включая телекс, системы связи между ЭВМ, передачу электронных запоминающих устройств и в некоторых странах - передачи устных поручений по телефону без необходимости получения ясно выраженного разрешения в соответствии с правом. В отсутствие законодательства, регулирующего выдачу разрешений на производство электронного перевода средств, нет, видимо никакого общего требования об обязательном установлении подлинности поручения о переводе средств.

2. В данном случае, вероятно, целесообразно предусмотреть в праве требование об установлении подлинности всех поручений о переводе средств, включая электронные поручения. Однако в равной степени можно считать, что такое требование не является обязательным, поскольку банк не станет делать дебетовую проводку на каком-либо счете, если у него нет соответствующего поручения о переводе средств, представленного в форме, на которую он мог бы сослаться в случае возникновения спора. Вероятность судебного разбирательства для банков должна быть достаточным сдерживающим фактором, чтобы они с осторожностью использовали такие методы перевода средств, при которых установить подлинность поручения трудно или невозможно. Далее, во многих странах управляющие банков считают нездоровой банковскую практику, когда производится перевод средств на основании поручений, достоверность которых должным образом не установлена.

3. Если считать целесообразным установление в праве требования о выявлении подлинности поручений об электронном переводе средств, то также целесообразным можно считать требование об указании вида установления подлинности, приемлемого с точки зрения права. Это не только ограничит установление подлинности теми видами, которые законодательные органы считают достаточно убедительными, но и обеспечит надежность установления того или иного вида подлинности при дебетовании счета плательщика, если в ином случае возникают какие-либо сомнения.

4. С другой стороны, представляется, что указывать в законе какой-либо конкретный способ установления подлинности поручения об электронном переводе средств не имеет смысла. В отличие от установления подлинности бумажных документов, когда при необходимости можно представить довольно исчерпывающий перечень средств, включая сравнение подписей, способов установления подлинности сообщения, пересылаемого по системе электросвязи, имеется неисчислимое множество. С учетом быстрого развития техники можно предположить, что некоторые современные методы установления подлинности окажутся со временем не столь надежными и вместе с тем появятся новые и более надежные способы установления подлинности.

5. На основании сказанного выше можно сделать вывод, что в любом законодательном положении, касающемся установления подлинности поручений об электронном переводе средств следует предусмотреть, вероятно, нечто большее, чем просто разрешение применять те или иные способы установления подлинности, соответствующие виду конкретного поручения. Отдельно можно было бы рассмотреть вопросы об ответственности за убытки, причиненные какой-либо стороне в результате заведомо ложного или ошибочного установления подлинности, а также вопросы о том, какая из сторон должна доказать, что установление подлинности является добросовестным или нет.

Вопрос I3

Следует ли требовать от направляющего банка соблюдения стандартной формы при отправлении поручения о переводе средств?

Справочные материалы

"Соглашения", пп. 47-54

ISO/DIS 7746, Стандартные банковские форматы передачи сообщений по телексу при межбанковских платежах - часть I: Переводы.

Комментарий

I. Направляющий банк может не придерживаться стандартного формата в двух случаях. Он может не использовать установленную форму сообщения, когда имеется более, чем одна форма сообщений и когда в установленной форме не помещается вся информация, необходимая для автоматической обработки данных, в том числе, когда используются ненадлежащие сокращения или прочие нестандартные обозначения, когда при использовании установленной формы информация была бы помещена не в то поле или в поле для дополнительной информации, когда ее следовало помещать в конкретное поле данных. Не являются нарушением правил задания формата, включение неправильной информации, например, указание неверной суммы, предназначенной к переводу, если неправильная информация помещена в правильное поле данных.

2. В правилах СВИФТ и других аналогичных правилах установлен формат для каждого вида сообщений. Неясным здесь остается лишь вопрос о последствиях для направляющего банка, в случае, если он не придерживается этого формата. Даже когда правила задания формата для поручений о переводе средств по телексу, которые в настоящее время находятся на завершающей стадии разработки или составлены практически по правилам задания формата СВИФТ, станут международным стандартом, они тем самым не приобретут юридической силы. За исключением случаев, когда правила, касающиеся формата, приобретают характер банковской практики в духе доброй воли, они могут приобрести юридическую силу только при условии введения правовых требований или распорядительных инструкций о том, чтобы стороны выполняли их, или по соглашению сторон.

3. Невыполнение направляющим банком правил задания нужного формата чревато для него одним из следующих двух правовых последствий. Банк может нести ответственность за все совершенные ошибки последующего банка, связанные с нарушением установленного формата. В качестве оправдания можно было бы рассматривать возражения в том смысле, что последующий банк сам допустил небрежность и что он должен был понять данное сообщение правильно, однако следует отметить, что, по всей вероятности, такие оправдания будут приводиться достаточно редко. Другим последствием невыполнения правил задания нужного формата для направляющего банка может быть вменение ему в обязанность оплачивать расходы получающего банка, которые тот произвел, пытаясь исправить ошибку направляющего банка. Если получающие банки будут регулярно требовать возмещения таких расходов, это правило, возможно, будет способствовать более неукоснительному соблюдению направляющими банками правил задания формата, что послужит на пользу всем заинтересованным сторонам.

Вопрос I4

Следует ли требовать соблюдения единого формата для всех дебетовых и кредитных карточек, применяемых в каком-либо государстве?

Справочные материалы

"Соглашения", п. 54

Комментарий

I. Применение единого формата расширяет возможности взаимного обмена поручениями о переводе средств и их клиринга через один клиринговый канал. Это позволяет также осуществлять совместное пользование терминалами с карточками, выпускаемыми различными банками и другими организациями, выпускающими карточки, хотя соглашение о едином формате необязательно подразумевает совместное пользование. Если государство требует или поощряет соблюдение единого формата, то это делается обычно в целях обеспечения совместного использования.

2. Государство может быть заинтересовано в совместном пользовании терминалами для создания общенациональной системы электронных дебетовых или кредитных карточек. В некоторых странах создание систем непосредственной оплаты купленных товаров со счетов покупателей в местах продажи было отсрочено в ожидании принятия решения о едином формате и общих средствах для осуществления платежей, что объясняется стремлением различных торговцев устанавливать только по одному терминалу при каждом кассовом журнале. Возможно, розничные торговцы и государство хотят добиться того, чтобы преимущество в системах непосредственной оплаты купленных товаров со счетов покупателей в местах продажи не принадлежало одной организации, выпускающей карточки, только в силу того, что в ее автоматах используется формат, не позволяющий пользоваться этими автоматами владельцам карточек, выпущенных другими организациями.

Вопрос I5

Где должны храниться счета клиента в соответствии с правовыми нормами, регулирующими перевод средств?

Справочные материалы

"Соглашения", пп. 79-8I

"Окончательность перевода", пп. 62-68

Комментарий

I. Если учет данных о счете клиента велся исключительно с помощью бумажных документов, то обычно считалось, что счет клиента для соблюдения правовых норм должен храниться в том месте, где он нужен для бухгалтерского учета. Если банк имеет несколько отделений, счета клиента обычно хранятся в каждом отделении, и поэтому их хранение в отделении банка соответствует юридическим нормам.

2. Если в банке существует центр централизованной обработки данных,куда должны направляться для обработки поручения о переводе средств, то, по-видимому, отсутствует основание для дальнейшего применения старой нормы и, по крайней мере, в определенном плане этот центр централизованной обработки данных следует рассматривать как место хранения счетов клиента. Если банк имеет дистанционный доступ к пункту обработки данных с терминалов из нескольких или изо всех своих отделений в рамках той же самой юрисдикции, и, таким образом, соответствующая информация может быть занесена на счет из этих дистанционных терминалов, вопрос о месте хранения счета клиента становится неуместным, поскольку любой или все из этих местонахождений могут быть одинаково доступны. Однако если поручения о переводе средств, оформленные в виде бумажных документов, направляются в отделение, в котором счет был открыт для сравнения подписи до того, как перевод средств считается завершенным, по-видимому, счет должен оставаться в этом отделении, если даже данные о переводе средств могли быть занесены на счет из одного или нескольких других мест.

3. Вопрос о местонахождении данных о счете может быть равнозначен вопросу об определении места, куда должно представляться для акцепта поручение о переводе дебета, куда должен направляться кредит, куда плательщик, направляющий поручение о переводе дебета, может сообщить своему банку об изъятии поручения, а также куда могут быть доставлены юридические уведомления и уведомления об аресте счета. В случае юридических уведомлений и наложения ареста на счета, соответствующие правовые положения могут определять место доставления уведомления или судебного приказа, или лицо, которому оно должно доставляться, которые, однако, не следует связывать с местом, где находится счет.

Вопрос I6

В случае перевода кредита должна ли обязанность банка плательщика ограничиваться направлением надлежащего поручения о переводе кредита соответствующему получающему банку или в обязанности банка плательщика должен входить контроль за тем, чтобы поручение плательщика было исполнено?

Справочные материалы

"Ответственность" пп. 56-60, I00

Вопросы 3, 22, 30

Комментарий

I. В данном случае речь идет о стороне, ответственной за исполнение поручения о переводе средств. Этот вопрос не касается ни нормы поведения, за которое какой-либо конкретный банк или банковская система в целом должны нести ответственность, ни возможной компенсации плательщиком ущерба в случае неправильного исполнения. Круг ведения банка плательщика имеет особенно важное значение при международном переводе кредита и при внутреннем переводе кредита в банковских системах, состоящих из нескольких звеньев, где перевод кредита между банком плательщика и банком получателя может производиться несколькими банками, системами связи или расчетными палатами.

2. Можно предположить, что, поскольку плательщик имеет дело только с банком плательщика, располагает очень ограниченными возможностями самостоятельно выяснить, почему перевод средств не был исполнен соответствующим образом и может оказать лишь слабое давление на банк, находящийся в другом месте, или на иностранный банк в целях урегулирования с ним вопроса о потерях, банк плательщика должен нести ответственность перед плательщиком за правильное оформление перевода средств. Этот вывод может быть подтвержден тем фактом, что банки принимают участие в разработке системы перевода средств в целом и что банк плательщика обычно принимает решение относительно того какой банк использовать в качестве посредника. В тех случаях, когда вина не лежит на самом банке плательщика, он обычно должен получить возмещение за ущерб, возлагая тем самым в конечном счете ответственность за ущерб на отдельный банк, который повинен в нем, или на систему в целом. Можно предположить, что в результате действия такого правила, банки могут в целях усовершенствования применяемых ими процедур усилить давление на другие банки, которые постоянно совершают ошибки, вызывающие ущерб. Оказание содействия дальнейшей унификации банковских стандартов и практики в области международных переводов может также служить дополнительным средством сокращения ошибок и задержек, вызывающих ущерб.

3. Однако можно также предположить, что было бы неоправданно возлагать на банк плательщика ответственность за ошибки, совершаемые в других банках. Это, в частности, касается ошибок, совершенных по вине банка получателя, поскольку банк плательщика редко имеет свободу выбора в отношении банка получателя. Даже если банк плательщика имеет право на возмещение убытков, они не всегда могут быть возмещены виновным банком, находящимся в другой стране, в связи с положениями, регулирующими валютный контроль, или по другим причинам, и таким образом нельзя требовать от банка плательщика, чтобы он подвергался такому риску невозмещения ущерба. Кроме того, на банк плательщика может возлагаться ответственность перед плательщиком в соответствии с банковскими и правовыми нормами своей страны в то время, как банк в стране, где возникла проблема, может придерживаться другой банковской практики, существующей в его стране. Возникает вопрос о целесообразности ограничения обязательства банка плательщика в отношении плательщика обязанностью предупреждать плательщика о различной банковской практике, о которой банк знает или должен знать.

4. Альтернативный подход к вопросу об ответственности заключается в том, что каждый банк несет непосредственную ответственность перед плательщиком за выполнение своих обязательств в отношении поручения о переводе средств. Эти два подхода часто определяются или выражаются посредством концепций учреждения или договорных отношений. Можно предположить, что последовательное применение любой из этих концепций во внутренней правовой системе обеспечивает плательщику правовую основу для возложения ответственности либо на банк плательщика, либо на банк, совершивший ошибку. Однако можно отметить, что при совершении международного перевода, может создаться такое положение, при котором плательщик не сможет возложить ответственность на банк-посредник в связи с отсутствием договорных отношений. Поэтому представляется целесообразным разработать четкое и согласующееся правило, в частности, в отношении международного перевода средств.

5. Необходимо также рассмотреть вопрос о возможности введения более высокой платы за перевод средств, в результате чего банк плательщика может взять на себя бóльшую степень ответственности за издержки, вызванные ошибками или задержками, допущенными другими сторонами в рамках системы перевода средств, а также за свои собственные ошибки и задержки.

Вопрос I7

Отвечает ли банк получателя перед плательщиком, направляющим банком или получателем за правильное исполнение своих обязательств при переводе кредита?

Справочные материалы

"Ответственность", п. 93

"Окончательность перевода", пп. 5-20

Комментарий

I. При переводе кредита банк получателя может рассматриваться как занимающий неопределенную позицию с правовой точки зрения. С одной стороны, согласно своему договору с клиентом, он обязан получить перевод в целях кредитования счета. В этом отношении банк получателя, по-видимому, будет нести договорную ответственность перед получателем за правильное выполнение своих обязательств, как только он получает поручение о переводе кредита от направляющего банка. Любая задержка с его стороны в обработке поручения должна быть совместимой с его договорными обязательствами. С другой стороны, поскольку перевод средств не стал окончательным и плательщик не выполнил свои обязательства по отношению к получателю до тех пор, пока банк получателя исполняет необходимые действия в целях окончательного расчета, он может нести ответственность перед плательщиком (или перед направляющим банком) за быстрое и правильное исполнение этого действия.

2. Один из подходов в определении стороны, перед которой банк получателя должен нести ответственность за неправильное исполнение поручения о переводе средств, предусматривает определение срока, до которого банк получателя действует от имени плательщика (или направляющего банка) и после которого он действует в интересах получателя. Таким крайним сроком может быть срок, когда перевод средств становится окончательным. Другими словами, представляется целесообразным возложить на банк получателя ответственность как перед плательщиком (или перед направляющим банком), так и перед получателем.

Вопрос I8

Должны ли государственные службы электросвязи, частные службы передачи данных, сети электронного перевода средств и электронные расчетные палаты нести ответственность за ущерб, возникающий из-за ошибок и подделок в связи с поручением о переводе средств?

Справочные материалы

"Ответственность", пп. 23, 24, 68-73, 78-8I

Вопрос I6

Комментарий

I. Вопрос о том, должны ли государственные службы электросвязи по-прежнему освобождаться от всякой ответственности за ущерб, причиненный в связи с утратой или задежкой сообщения или в результате изменений содержания сообщений, вновь возник в связи с изменением характера предлагаемых услуг, сокращением государственного участия в их деятельности и переходом их в ведение частного сектора в ряде государств. Однако в случае отсутствия такой ответственности, следует рассмотреть вопрос о том, понесет ли ущерб плательщик или один из банков. Положительным моментом для плательщика, несущего потери, является то, что перевод средств осуществляется в его интересах, и ответственность за причиненный ущерб нельзя возложить ни на одну из сторон. Положительным моментом для одного из банков, потерпевших ущерб, является то, что положение банков наилучшим образом способствует разработке системы перевода средств, используя государственные компании, в результате чего задержки или ошибки доводятся

до сведения направляющего или получающего банка, и быстро корректируются. Банками, которые могли бы быть отнесены к числу несущих убытки, являются банк плательщика, особенно в том случае, если банк плательщика ответствен за правильное использование всей операции по переводу средств, и банк, направивший поручение, которое было утеряно, передано с опозданием или содержание которого было искажено.

2. Частные службы передачи данных, сети электронного перевода средств, электронные расчетные палаты могут заключать договоры с банками-участниками в целях ограничения или освобождения их от ответственности за утерю, задержку или искажение поручений о переводе средств. Предполагается, что предусмотренное договором распределение ущерба между этими службами и банками-участниками не должно нарушать публичного порядка. Однако необходимо иметь в виду, чтобы в результате применения положений этих договоров убытки возлагались на плательщика. Предполагается, что у плательщика меньше оснований брать на себя ответственность за ущерб, когда ущерб произошел по вине государственной организации, поскольку сети электронного перевода средств и расчетные палаты являются неотъемлемой частью банковского дела, и банки могут использовать частные службы передачи данных для направления поручений о переводе средств.

3. Предполагается, что организация электросвязи, служба передачи данных, сеть электронного перевода средств или электроиные расчетные палаты должны нести ответственность за ущерб, причиненный в результате мошенничества их служащих. В то же время можно также предположить наличие определенных пределов ответственности нанимателя за действия служащих, особенно в тех случаях, когда эти действия являются незаконными. Необходимо проводить разграничение между ущербом от мошенничества, которое стало возможным благодаря доступу сотрудников к информации о счетах и к оборудованию, что предусмотрено самой практикой найма на работу и в отношении чего работодатель несет ответственность, и между ущербом от мошенничества, которое стало возможным благодаря получению служащими соответствующей информации в самом процессе работы служащих, в отношении чего работодатель не несет ответственности.

Вопрос 19

Следует ли освобождать банк от ответственности за ошибки или задержку перевода средств, вызванные неисправностями аппаратного или математического обеспечения ЭВМ?

Справочные материалы

"Ответственность", пп. 64-67

Комментарий

I. Хотя по сравнению с прошлыми годами значительно повысилась надежность аппаратного и математического обеспечения ЭВМ банка, иногда из-за неисправности ЭВМ случаются ошибки, а также потери, задержки и искажения при переводе средств. С одной стороны, предполагается, что технические проблемы такого характера банк не в состоянии контролировать и не несет ответственности за любые потери, причиненные клиентам в результате этого. Если банки обладают таким правом, они зачастую включают положение по этому вопросу в договоры, которые они заключают со своими клиентами.

2. С другой стороны, предполагается, что степень надежности ЭВМ позволяет относиться к этим средствам так же, как и к другим видам оборудования, используемого банками. Неполадки ЭВМ могут быть результатом несоответствующего оборудования или математического обеспечения, или результатом неправильного обслуживания, а последствия неполадок ЭВМ можно уменьшить с помощью предварительного планирования, что иногда включает наличие запасного оборудования, поставку дополнительных источников энергии, разработку планов для использования альтернативных средств осуществления перевода средств и - в целом - принятия банком безотлагательных мер. В результате предполагается, что освобождение от ответственности вообще было бы неоправданным, однако освобождение от ответственности в результате неполадок ЭВМ было бы оправданным в случае, когда банк не мог предотвратить такие неполадки или уменьшить их последствия.

Вопрос 20

Должен ли банк нести ответственность перед клиентом за дебетование или кредитование счета на основании номера счета, указанного в полученном им поручении о переводе средств, если фамилия вкладчика в этом счете не соответствует фамилии, указанной в поручении о переводе средств?

Справочные материалы

"Соглашения", пп. 44-46

Комментарий

I. Счета для дебетования или кредитования можно идентифицировать в поручении о переводе средств, указав фамилию или номер счета или указав фамилию и номер счета. Банки, которые ведут учет данных о счете клиента с помощью средств автоматической обработки данных, обычно при обработке используют только номер счета. Это единственно возможный подход при групповой обработке поручений. Однако при самостоятельной передаче поручения средствами электросвязи должна иметься возможность сравнения фамилии владельца счета.

2. Маловероятно, чтобы в соответствии с законом какой-либо страны для внесения дебетовых и кредитовых записей лишь на основании номера счета требовалось юридическое разрешение. Однако представляется целесообразным указать, должен ли банк нести ответственность за какой-либо возможный ущерб, если фамилия дебетуемой или кредитуемой на основании поручения о переводе средств стороны, не соответствует фамилии владельца счета. Фамилия, указанная в поручении, и фамилия владельца счета могут не совпадать из-за подделки, ошибки, в том числе и ошибки плательщика, или в связи с тем, что плательщику была неизвестна правильная фамилия владельца счета.

3. Положение, в котором полностью поддерживалось бы более активное использование автоматической обработки данных, могло бы сводиться к тому, что банк, внесший данные о дебете или кредите в соответствии с номером счета в полученное им поручение о переводе средств, не несет ответственности даже в том случае, когда запись была сделана на счет, фамилия владельца которого отличается от фамилии, указанной в поручении. Ответственность за любой ущерб возлагалась бы на плательщика или на банк, который в поручении о переводе средств первым неправильно указал номер счета. Это могло бы найти свое выражение в правиле о том, что в случае несоответствия номера счета и фамилии владельца счета предпочтение отдавалось бы номеру счета.

4. Полагается также, что банк мог бы сравнить номер счета и фамилию владельца счета и обнаружить расхождение между ними. В частности, это можно сделать в отношении переводов крупных сумм, поручение о переводе которых передано по каналам электросвязи. Если банк решает внести данные о дебете и кредите только лишь на основании номеров счета, то это делается в интересах банка, и клиенты не должны нести ущерб в результате этого. В этом случае следует рассмотреть вопрос о том, должен ли банк получателя или плательщик нести ущерб, если несоответствие было вызвано ошибкой плательщика или махинацией одного из его служащих. Обычно в таких случаях плательщик, вероятно, подвергался бы риску понести ущерб. В случае отнесения убытков на счет банка получателя, это было бы признанием возможности предотвращения ущерба с помощью соответствующих действий банка получателя.

Вопрос 21

Должен ли банк или клиент нести бремя доказательства в отношении того, что дебетование счета плательщика было осуществлено с его разрешения или произошло по его вине?

Справочные материалы

"Ответственность", пп. 13-21

Вопрос 7

Комментарий

I. Вопрос о бремени доказательства может быть решен путем соответствующего разбирательства. Если на клиента возлагается бремя доказательства того, что дебетовое сальдо на его счету возникло без его ведома и он не может ни доказать этого, ни перенести на банк бремя доказательства того, что данное дебетовое сальдо возникло в результате его поручения, требование клиента не удовлетворяется. Если бремя доказательства того, что дебетовое сальдо возникло в результате действий клиента возлагается на банк, то повышается вероятность того, что требование клиента будет удовлетворено.

2. В вопросе 7 отмечалось, что почти во всех государствах данные ЭВМ принимаются в качестве доказательства фиксируемых ими сделок. Хотя всеми правовыми системами, которые признают данные ЭВМ в качестве доказательства, предусмотрено право стороны подвергать сомнению правильность записи, ссылаясь на неправильную разработку системы ЭВМ, плохое обслуживание или применение неправильных процедур ввода данных в ЭВМ, в результате чего точность вводимых данных не была обеспечена, в большинстве споров относительно правильности санкционирования с помощью электронных средств передачи поручения о переводе средств клиент практически будет лишен возможности выражать такие сомнения относительно системы ЭВМ или процедур банка. Это, в частности, касается как переводов небольших сумм, так и переводов наиболее крупных сумм.

3. Во многих случаях, когда клиент утверждает, что перевод средств, осуществленный через терминал, предназначенный для клиента, не был санкционирован, сопутствующие обстоятельства могут либо подтвердить его утверждение, либо вызвать большие сомнения в его достоверности. Однако, когда сопутствующие обстоятельства не подтверждают или вызывают серьезные сомнения относительно его заявления, решение вопроса о возможности дебетования счета клиента часто зависит от возможности клиента или банка представить доказательства. Наиболее частым примером в настоящее время является снятие наличных денег с помощью автомата по выдаче наличности, однако, полагают, что этот вопрос может часто возникать также и при осуществлении операций в торговых точках. В обоих случаях сторона, выдающая поручение о переводе средств, уходит с наличными деньгами или товарами, не оставляя ничего другого для проверки, кроме самого поручения о переводе средств. Более редкий, но имеющий сам по себе более важное значение случай касается подделки переводов больших сумм, при котором установление личности, совершившей подлог, способствовало бы решению вопроса о том, кто отвечает за ущерб - банк или его клиент.

4. Маловероятно, что запись на счет, который должен быть дебетован, могла бы быть ошибочной в результате невыявленной ошибки ЭВМ, или что третье лицо могло бы обманным путем получить доступ к ЭВМ без содействия клиента или в результате его неосторожных действий, что на клиента полностью возложена обязанность представить доказательства, свидетельствующие, что ввод данных в терминал, предназначенный для клиента, осуществлен без его помощи и не является результатом его неосторожных действий. Именно этот аргумент лежит в основе положений многих договоров, заключенных между банком и клиентом, о том, что клиент несет ответственность за все операции, осуществленные благодаря использованию его дебетовой карточки или другого средства доступа к ЭВМ, если только он не заявил об утере этой карточки, или о том, что средство доступа к ЭВМ подверглось какому-либо другому риску.

5. Однако предполагается, что доступ к терминалам, предназначенным для клиента, в целях осуществления мошенничества, является известной и серьезной проблемой, за которую банковская система должна нести ответственность перед своими клиентами. Можно даже полагать, что в обязанности банковской системы входит разработка средств доступа к ЭВМ через терминалы, предназначенные для клиентов, надежность которых исключает возможность компрометации этих средств даже в случае обычной халатности клиента. Предполагается также, что в случае отсутствия таких надежных средств доступа к ЭВМ банковская система должна была бы с большей осторожностью применять предназначенные для клиента терминалы. Можно прийти к выводу, что соответствующему банку не следует разрешать дебетовать счет клиента, если этот банк не может гарантировать надежность средства доступа к ЭВМ, исключающего или делающего маловероятным ввод данных в ЭВМ при условии, что средства доступа к ЭВМ, находящиеся у клиента, не были уже скомпрометированы. На данном этапе это, по-видимому, привело бы к тому, что банк не мог бы дебетовать счет своего клиента, если только сопутствующие обстоятельства не свидетельствуют о возможности причастности клиента к этой подделке. Однако, учитывая ввод более надежных средств подтверждения подлинности на терминалах, предназначенных для клиента, предполагается, что банки более успешно будут справляться с задачей представления доказательств.

Вопрос 22

Должен ли клиент или соответствующие банки нести бремя доказательства в отношении источника ошибки или подделки, вызвавших ущерб при осуществлении перевода средств?

Справочные материалы

"Ответственность", п. 59

Вопросы 7, I6, 2I

Комментарий

I. Этот вопрос может возникнуть в двух главных случаях. Во-первых, когда клиент утверждает, что он инициировал поручение о переводе средств, а банк не располагает сведениями об этом. Хотя большинство случаев, вызывающих ущерб, будут, несомненно, связаны с поручениями, которые якобы были направлены через предназначенный для клиента терминал, находящийся в учреждении клиента, как только переводы средств с помощью автоматических бухгалтерских машин или домашних банковских терминалов станут обычной практикой, могут возникнуть случаи, касающиеся таких вопросов, как прекращение страховых договоров, по которым должны, но однако не были выплачены страховые премии. Предполагается, что в большинстве случаев, когда поручение направляется через терминал, находящийся в учреждении клиента, в ЭВМ клиента сохранится запись этой передачи. Поэтому может возникнуть вопрос о том, какая из сторон подвержена опасности утери сообщения - клиент или банк. Когда речь идет об автоматической бухгалтерской машине или домашнем банковском терминале, часто у клиента будет отсутствовать квитанция или запись ЭВМ, подтверждающая эту передачу. Без такой квитанции или записи ЭВМ, а также при отсутствии обычных служебных операций со стороны некоммерческого клиента, подтверждающих его заявление, предполагается, по-видимому, что такой клиент должен представить доказательства.

2. Во-вторых, такой вопрос может возникнуть, когда это поручение было утеряно, передано с опозданием или содержало ошибочные данные при поступлении в банк получателя, однако причины, по которым это произошло, не выяснены. Если применимая норма возлагает ответственность на банк плательщика за правильное исполнение всей процедуры перевода средств, можно предполагать, что он представит доказательства о том, что потеря, задержка или ошибка произошли при таких обстоятельствах, которые освобождают банк от ответственности (см. вопрос I6). Если применимая норма не возлагает на банк плательщика такой ответственности, то можно предполагать, что плательщик представляет доказательства того, какой банк несет ответственность за утерю, задержку или ошибку. Обычно для выяснения банка, в котором имели место эти недостатки, достаточно простой ревизии. Однако записи, на которых основывается проверка, полностью контролируются банками, а при международном переводе средств некоторые из этих банков могут быть иностранными, вследствие чего возрастает трудность получения надежной информации. Если записи банка вызывают сомнение, плательщик не имеет самостоятельных средств представления доказательств. Кроме того, от плательщика могут потребовать доказательств того, что потеря, задержка или ошибка произошли из-за ошибочных или другого рода действий соответствующего банка; и в этом случае считается, что он должен обосновать причины, вызвавшие данную проблему.

Вопрос 23

Следует ли представлять фонды в распоряжение получателя в течение определенного срока после того, как в банк плательщика поступит поручение о переводе кредита? Если да, то как нужно определять этот срок.

Справочные материалы

"Соглашения", пп. 55-78

Вопросы I6, 27-29

ISO/DIS 7746/I.2, Стандартные банковские форматы передачи сообщений по телексу при межбанковских платежах - Часть I: Переводы

ISO/DIS 7982/I, Банковская электросвязь - Сообщения о переводе средств - Словарь и элементы данных (пересмотренные на I4 ноября I984 года)

Комментарий

I. Эта проблема затрагивается только в связи с вопросом о том, должны ли быть установлены сроки, в пределах которых следует осуществлять переводы кредита и, если да, то от чего они должны зависеть и какой банк должен нести ответственность за их несоблюдение. Она не касается резерва времени, который может возникнуть при переводе кредита, поскольку резерв времени может быть больше или меньше, чем период времени, необходимый для перевода кредита путем установления срока выплаты процентов до или после даты поступления.

2. Для своевременной выдачи поручений о переводе кредитов плательщиком с целью соблюдения сроков платежа, необходимо знать время, которое потребуется для перевода средств получателю. Банки все больше преуспевают в предоставлении точных расчетов времени, необходимого для завершения межбанковских кредитных переводов, поскольку техника электронного перевода средств в данном случае более надежна, чем переводы кредитов на бумажных бланках. Это положение справедливо как в отношении внутренних, так и в отношении международных кредитных переводов.

3. Может быть высказано следующее предположение: если банки плательщика окажут услугу, в соответствии с которой предположительно фонды будут предоставлены в распоряжение получателя в конкретный оговоренный день платежа, то плательщики постараются иметь в виду этот факт в процессе планирования своих банковских операций. В подобном случае плательщик может иметь достаточные основания для предъявления иска за ущерб, вызванный необоснованной задержкой.

4. Можно считать, что от банка плательщика следует требовать выполнения операций в связи с полученным поручением о переводе кредита в ограниченный срок в зависимости от вида данного перевода. Если это принять за необходимое условие, то можно договориться и о стандартных сроках для всех видов поручений о переводе кредитов, выполняемых в стране. Конечно, при установлении этих сроков следует принимать во внимание обычные причины задержки, которые не позволяют завершить все переводы средств в оптимальные сроки. Когда кредитный перевод представляет собой перевод одного банка, этот банк может нести ответственность за выполнение перевода в соответствующие сроки, другой срок может быть применим, когда счет получателя находится в другом отделении в стране или за ее пределами, где плательщик имеет свой счет, а обработка данных счета ведется не там, где обслуживается счет плательщика, а в другом месте.

5. При участии в переводе средств двух или более банков на каждый из банков, получающих поручение, видимо, следует также наложить обязательство действовать в пределах ограниченного времени. Когда поручение о переводе средств поступает в получающий банк через систему, срок можно устанавливать по нормам этой системы. В других случаях он может устанавливаться банковским обычаем, межбанковским соглашением или законом. Такое обязательство получающего банка может рассматриваться как распространяющееся на плательщика или на направляющий банк. В обоих случаях будет увеличиваться вероятность того, что расчетное время для всей операции по переводу средств будет точным.

6. Поскольку плательщик должен доверять банку плательщика представлять оценку времени, необходимого для перевода средств и служить начальным этапом всей системы перевода средств, то, видимо, целесообразно рассмотреть вопрос о том, должен ли банк нести юридическую ответственность за перевод средств, осуществляемый по графику. С другой стороны, банк плательщика не может контролировать действия других банков в этой цепи, и даже выбрать банк получателя он может нечасто (см. вопрос I6).

7. Когда плательщик указывает дату платежа, то есть день, когда средства должны поступить в распоряжение получателя, обобщенное обязательство банка плательщика или других банков в этой цепи становится более конкретным. Принятие поручения о переводе средств с указанной датой платежа можно понимать как взятие банком плательщика договорного обязательства о том, что средства поступят в распоряжение получателя к этому сроку. По крайней мере можно считать, что банк плательщика будет обязан включить дату платежа в свое поручение о переводе средств следующему банку в цепи. Однако, поскольку стандартные форматы передачи поручений о переводе средств по телексу или с помощью ЭВМ не имеют поля для указания даты платежа, эта информация должна включаться в поле информации для получателя. Можно также отметить, что термин "дата платежа", который присутствовал в ранних проектах предложенного списка терминологии по банковской электросвязи, из самого последнего варианта исключен.

8. Можно полагать, что если плательщик предоставил недостаточно времени для того, чтобы быть уверенным в соблюдении даты платежа, банк плательщика также, видимо,обязан информировать об этом плательщика. Кроме того, если получающий банк не обязан кредитовать свою кредитную сторону до того, как он получит сумму, банк плательщика, как направляющий банк, будет обязан своевременно обеспечить этот получающий банк необходимой суммой, чтобы он мог произвести операции в установленные сроки.

Вопрос 24

Как часто банк должен направлять своим клиентам выписку об объеме операций, проходящих по счету?

Справочные материалы

"Ответственность", пп. 47-50

Комментарий

I. Банк и его клиент могут договориться, что выписка об объеме операций, проходящих по счету, будет направляться чаще, чем это требуется по закону. Это, в частности, справедливо в отношении счетов предприятий, где выписки об объеме операций по счету зачастую делаются ежедневно. Поэтому вопрос касается только минимальных требований, которые могут быть введены в соответствии с законом.

2. В тех банковских системах, в которых направляется уведомление о занесении на счет дебета или кредита, такое уведомление также служит выпиской об объеме операций. В других банковских системах, где уведомление о дебете или кредите не дается автоматически, обычно предполагаются периодические выписки. Однако соответствующий минимум требований для различных видов счета и для различного объема операций может быть разным. В некоторых случаях, например, когда счет засекречен и обозначается только номером, возможно, будет сочтено нецелесообразным направлять по почте клиенту какую-либо периодическую выписку об объеме операций по счету. Поэтому, видимо, вопрос о периодичности направления выписок об объеме операций по счету может быть предметом договоренности между банками и их клиентами.

3. Однако можно также полагать, что по крайней мере для некоторых видов счетов минимальные требования, установленные законом, могут быть приемлемыми. Вероятнее всего это может относиться к некоммерческим счетам в странах, где уведомление о дебете или кредите не является необходимым для того, чтобы дебет или кредит стал окончательным. Это приобретает возрастающее значение, поскольку все больше лиц используют банковские счета для перевода средств. Можно считать маловероятным, чтобы эти лица вели соответствующие записи о переводе своих средств. В тех случаях, когда плательщик имеет неограниченное право в отношении периода времени, в течение которого он может потребовать отзыва перевода дебета, выполненного в соответствии с постоянным поручением о дебетовании, получатель будет заинтересован в том, чтобы знать, что плательщик получил уведомление о дебетовании и что начало истекать время, предусмотренное для отзыва дебета. Кроме того, увеличение числа случаев мошенничества в результате применения терминалов, находящихся в непосредственном пользовании банковских клиентов, может потребовать относительно частого представления выписок об объеме операций по счетам в качестве помощи в раскрытии мошенничества.

4. Если выписка об объеме операций по счетам требуется в соответствии с законом, можно, видимо, рассмотреть вопрос о том, нужно ли делать выписку на бумаге и направлять ее клиенту или требование будет удовлетворено, если выписка будет иметься в банке. В частности, выписку можно получить с помощью терминала клиента, который установлен у него дома или на работе, или через банковский автомат.

Вопрос 25

Сколько времени должен иметь в своем распоряжении клиент банка для уведомления своего банка о неправильных записях на свой счет?

Справочные материалы

"Ответственность", пп. 51-54

Комментарий

I. В некоторых странах время, в течение которого клиент банка должен уведомить свой банк о неправильной записи на счете, указывается в законодательстве, касающемся перевода средств. В других странах это время определяется общими нормами права. В каждом случае период времени должен соответствовать существующей банковской процедуре.

2. Общий срок, имеющийся в распоряжении клиента банка для уведомления банка о неправильных записях на его счете, начиная с момента внесения записи на счет клиента, определяется тем событием, из-за которого начат отсчет периода, а также продолжительностью этого периода. Этот период может начинаться с момента записи. В некоторых странах в соответствии с общими нормами права, этот период начинается, когда банк официально указывает состояние счета, что может происходить раз или два раза в год. Однако, возможно, что более правильным было бы считать начало периода с того момента, когда банк вручает клиенту выписку об объеме операций по счету с указанием записи, поскольку именно в этот момент внимание клиента обращается на наличие такой записи. Если выписка об объеме операций по счету передается клиенту через его терминал, то можно полагать, что отсчет времени должен начинаться с того момента, когда запись по просьбе клиента может быть воспроизведена на терминале. Если выписка об объеме операций по счету клиенту не направляется и не выводится на его терминал, этот период может начаться, когда клиент получит информацию о записи на счет по запросу в банке.

3. Когда срок, в течение которого клиент может уведомить свой банк о неправильной записи, ограничивается только законом об исковой давности или сроком исковой давности, то есть периодом,ограничивающим подачу судебного иска,этот период часто составляет несколько лет и может быть намного длительнее. Однако для подачи уведомления приемлемым можно считать более короткий срок, который может измеряться не годами, а месяцами. В частности, когда выясняется, что неправильная запись имела место в результате мошенничества или записи не на тот счет, немедленное уведомление банка может позволить последнему начать преследование обманувшей стороны или исправить свою ошибку путем отнесения суммы на соответствующий счет.

4. Может быть рассмотрен вопрос о том, следует ли сроки ставить в зависимость от видов счетов или типов клиентов. Например, можно предположить, что у коммерческих клиентов срок уведомления банка о неправильной записи должен быть меньше, чем у большинства некоммерческих клиентов, поскольку здесь следует исходить из того, что коммерческие клиенты будут выверять данные об объеме операций по счетам быстрее и более тщательно. Кроме того, средняя сумма отдельных коммерческих переводов средств крупнее суммы некоммерческих переводов, что делает еще более важной задачу быстрого обнаружения отдельных ошибок или мошенничества.

5. Можно считать, что срок, имеющийся в распоряжении клиента банка для уведомления о неправильной записи должен быть предметом императивного права и не может сокращаться по соглашению между банками и их клиентами. Однако можно исходить и из того, что, в частности, если речь идет о коммерческих счетах или системах перевода крупных средств, для сторон целесообразно иногда изменять установленный в законном порядке срок в зависимости от характера счета и объема операций по нему.

Вопрос 26

Должна ли быть четко сформулирована процедура исправления ошибки?

Справочные материалы

"Ответственность", п. 55

Комментарий

1. Поскольку клиенты банка могут ставить под сомнение записи в их счетах, которые могут быть сделаны ошибочно или в результате мошенничества, у каждого банка обязательно должна быть процедура расследования и исправления этих ошибок. В некоторых банках эта процедура может быть неофициальной или не зафиксирована в письменной форме. Во многих банках, и особенно в банках с большим числом счетов и записей, процедура, как правило, бывает официальной и отражена в письменной форме.

2. Возможно, каждый банк должен иметь письменную процедуру исправления ошибок. Такая процедура может содержать определенный минимум требований в отношении времени, в течение которого банк должен ответить на запрос клиента, и информации, которая должна содержаться в ответе. Можно также исходить из того, что банковские процедуры исправления ошибок должны в соответствующей форме доводиться до сведения клиентов банка.

3. Поскольку ошибка или мошенничество при переводе средств часто влекут за собой действия банка, отличные от действий приславшего запрос клиента, любая подобная процедура, принятая

только одним банком, обязательно будет ограничена по своему масштабу. Особые трудности могут встретиться, если другие связанные с этим банки находятся в других странах и у них другой порядок расследования и исправления ошибок или представления отчетности об очевидном обмане.

4. Поэтому можно, вероятно, разработать межбанковские соглашения по процедурам исправления ошибок. Эти соглашения могут быть включены в правила пользования системами перевода средств, принятые банковскими ассоциациями или в двусторонних соглашениях между банками-корреспондентами. Можно предположить, что положения таких соглашений, касающихся перевода небольших средств, могут значительно отличаться от положений в соглашениях, касающихся перевода крупных сумм.

5. В некоторых странах, возможно, было бы целесообразно регулировать необходимые процедуры исправления ошибок нормами права. В частности, если речь идет о некоммерческих счетах, обязательные процедуры исправления ошибок являются, видимо, важной мерой защиты клиентов банка, позиция которых была бы в противном случае слабой в их споре с банком относительно предполагаемой ошибки по вине банка. Однако можно также полагать, что любая процедура исправления ошибки, предписанная законом, будет или слишком общей, чтобы обеспечивать серьезную защиту клиентам банка, или слишком детализированной, что будет вызывать ненужные расходы. Можно также отметить, что в большинстве стран опыт не вызывает необходимости принятия законодательства по этому вопросу.

Вопрос 27

Должны ли плательщик или получатель возмещать себе проценты за задержку перевода средств?

Справочные материалы

"Соглашения", пп. 55-78

"Ответственность", пп. 92-95

Вопросы 23, 30

Комментарий

I. В связи с вопросом 23 обсуждалась необходимость предъявления в банковской системе требования о том, чтобы получатель мог воспользоваться кредитом в течение конкретного срока после того, как в банк плательщика поступит поручение о переводе средств. Косвенно здесь подразумевался вопрос о характере ущерба, который может быть нанесен в результате неспособности банковской системы соблюсти этот срок. Самым естественным элементом возмещения убытков, причиненных задержкой в оплате определенной суммы денег своевременно, является процент.

2. Здесь следует отметить, как указывалось в пункте I вопроса 23,что в некоторых банковских системах в схеме перевода средств предусмотрено косвенное взимание процентов путем дебетования счета получателя в первый день начисления процентов и кредитования счета получателя на третий день начисления процентов. Такое косвенное взимание процентов не существует в других банковских системах, где проценты по дебету или кредиту начисляются в один и тот же день, например, на третий день. В любом случае, если перевод задерживается и кредит заносится на счет с выплатой процентов на пятый день, то получатель теряет два дня процентов.

3. При задержке перевода крупных средств потеря процентов получателем может быть значительной. Однако в некоторых банковских системах определение того, какая из нескольких процентных ставок является приемлемой для компенсации потерь получателя, может быть столь же сложным, как и определение соответствующей ставки процента для компенсации потерь банка получателя в случае задержки (см. вопрос 30). Одним из решений может быть предоставление получателю такой ставки процента, которую бы он получил по счету. Это решение подразумевается в процедуре проведения кредита задним числом, о чем говорится в пункте 4, ниже. Другим решением было бы увязать ставку процента, применяемую при расчете компенсации получателю со ставкой процента, используемого для межбанковской компенсации, о чем сказано в вопросе 30.

4. Несмотря на то, что именно получатель теряет проценты, остается неясным, с кого он может их взыскивать. Можно предположить, что получатель может их взыскивать с плательщика, если задержка в занесении кредита на счет представляет собой нарушение заключенного контракта. Если это так и если задержка произошла не по вине банка плательщика, может возникнуть вопрос, вправе ли плательщик требовать возмещения и от какого банка. Если задержка произошла по вине банка получателя, получатель, вероятно должен иметь возможность требовать возмещения от него на основании уже имеющегося контракта о счете. Однако, если выяснится, что задержка произошла где-то в цепи перевода средств, включая банк плательщика, получатель не может предъявлять претензии непосредственно той стороне. На практике, где теоретических проблем меньше, день начисления процентов по кредиту на счете плательщика можно проставить задним числом на соответствующую дату, а проценты и сборы скорректировать таким образом, чтобы они были как в том случае, если перевод был бы выполнен без задержки. В большинстве случаев такая процедура была бы достаточной компенсацией получателю за задержку.

5. В отношении подавляющего большинства задержек переводов на небольшую сумму вряд ли будут предъявляться требования о возмещении потерянных процентов. Размер отдельного требования будет незначительным, и получатели переводов на небольшую сумму зачастую не знают действительной даты начисления процентов при переводе средств. Если несоблюдение установленных сроков при переводе небольших сумм представляет для банковской системы серьезную проблему, то можно было бы подумать о принятии административных решений, которые бы устранили эти последствия задержки для получателя. Одним из решений могло бы быть установление одной и той же даты начисления процентов по дебету на счете плательщика и начисление процентов по кредиту на счете получателя или их разделение конкретным числом дней.

Вопрос 28

Следует ли плательщику или получателю возмещать валютные потери из-за задержки перевода средств?

Справочные материалы

"Соглашения", пп. 55-78

"Ответственность", пп. 96-97

Вопросы 23, 27

Комментарий

1. Как и в случае с требованием в отношении потери процентов, требование о возмещении валютных потерь можно предъявлять лишь тогда, когда срок перевода средств настолько точен, что момент обмена четко определен или поддается определению. В период плавающих курсов, когда ежедневное движение нескольких процентов между основными торговыми валютами в общем-то известно, точное определение часа и даже минут, когда должен был произойти обмен, в определенных случаях может иметь значение.

2. Если абстрагироваться от влияния операций сторон в области страхования, плательщик может терять на разнице валютных курсов, если его обязательство по оплате указано в иностранной валюте и валюта его счета девальвируется по сравнению с валютой платежа между временем, когда должен быть произведен обмен, и временем, когда это совершилось. Получатель также может нести валютные потери, если оплата производится в другой валюте, которая девальвируется по сравнению с валютой счета между моментом, когда обмен должен быть произведен, и моментом, когда он был сделан. Факт потери валюту и объем такой потери могут быть установлены путем последующей закупки дополнительной иностранной валюты плательщиком или получателем, соответственно. Получатель не несет валютных потерь непосредственно во время перевода, если валюта счета, на который кредитуется перевод, та же самая, что и валюта платежа. Тем не менее можно было бы рассмотреть вопрос о том, будет ли требование о возмещении валютных потерь допустимым, если получатель намеревается или обязан в соответствии с правилами валютного контроля продавать иностранную валюту немедленно после получения и плательщик знает об этом намерении или требовании.

3. Когда потеря валюты происходит в результате задержек в каком-то банке до банка получателя, определить от кого и каким образом получатель может получить возмещение своих потерь, так же трудно, как и при возмещении процентов, потерянных в результате задержки (см. вопрос 27).

4. Если возмещение валютных потерь не разрешается, плательщик и получатель должны принять валютный курс, фактически существующий на момент обмена. Если возмещение валютных потерь разрешается, можно рассмотреть вопрос о том, должен ли у клиента, то есть плательщика или получателя, в зависимости от конкретного случая, быть выбор между валютным курсом, существовавшим когда должен быть произведен обмен, и курсом на момент фактического совершения обмена. В качестве одного из вариантов можно руководствоваться курсом, существующим, когда обмен должен быть произведен. В этом последнем случае банки будут иметь право применять этот валютный курс во время операций по переводу средств, даже если он стал более благоприятным для клиента до совершения обмена. Как указывается в пункте 97 главы об ответственности в проекте конвенции о международных переводных и международных простых векселях, держателю векселя предоставляется выбор сроков "с целью защиты против любой потери, которую он может понести в результате биржевой игры ответственной стороны".

Вопрос 29

При каких обстоятельствах банк несет ответственность за возникшие убытки?

Справочные материалы

"Ответственность", пп. 98-100

Вопросы 16, 23

Комментарий

1. Хотя задержку или ошибку в ходе выполнения поручения о переводе средств обычно можно полностью компенсировать выплатой процентов или валютных потерь, а также внесением аналогичных финансовых коррективов, в некоторых случаях невыполнение перевода средств к предполагаемому сроку может быть причиной ущерба, нанесенного плательщику в результате аннулирования контракта, наложения штрафа или потери прав с убытками, намного превышающими компенсацию в виде процентов.

2. Можно полагать, что в соответствии с общим правилом банк не должен нести ответственность за последствия, которые он не предвидел или по обоснованным причинам не мог предвидеть. Поскольку задержка в осуществлении перевода средств редко бывает причиной подобного убытка, даже когда переводятся крупные суммы, то и ответственность за возникшие убытки будет возникать редко. Возможно, это соответствует шкале сборов за перевод средств, поскольку, как правило эта шкала слишком низка, чтобы поддерживать даже редко предъявляемые требования о возмещении крупного ущерба, который может возникнуть.

3. Однако бывают случаи, когда банк плательщика знает цель перевода и последствия, которые могут возникнуть в результате задержки или ошибки при переводе. В таких случаях, возможно, следует придерживаться обычных правил об ответственности. При таком подходе банк плательщика будет нести ответственность за ущерб, возникающий в результате его собственных ошибок или задержек в процессе перевода средств. С другой стороны, банки подчас имеют значительный объем информации о состоянии дел своих клиентов в отличие от отдела по переводу средств. Возникает вопрос, кто в банке должен располагать соответствующими сведениями для нужд банка, несущего ответственность за возможный ущерб.

4. Если банк плательщика нес ответственность за весь перевод средств, включая операции других банков (см. вопрос 16), он должен отвечать и за возможные убытки в результате любой задержки или ошибки при переводе средств. Однако, если банк плательщика отвечает только за свои операции и задержка или ошибка произошла в одном из последующих банков в цепи передачи, может возникнуть вопрос о том, связан ли последующий банк знанием условий банка плательщика или он может защищаться, мотивируя свои действия непредвиденностью.

5. Следует отметить, что в соответствии с существующей банковской практикой было бы необычным для банка плательщика объяснять своему получающему банку потенциальные последствия, если поручение о переводе средств поступило с задержкой. Однако истинной причины, по которой он не должен иметь такого обязательства, не существует. По крайней мере, можно полагать, что банк плательщика должен включать дату платежа в поручение о переводе средств (см. вопрос 23). Можно также исходить из того, что включение даты платежа позволит банкам в цепи передачи знать о некоторых возможных деловых последствиях задержки поступления средств в распоряжение получателя, даже если банки не знали точного характера этих последствий.

6. Возможно, здесь должна существовать какая-то стандартная процедура, в соответствии с которой плательщик может уведомить банк плательщика о том, что своевременный перевод средств имеет особое значение. Может быть назначен дополнительный сбор на основании того, что необходима особая процедура очередности для выполнения перевода средств. Возможно, подобная процедура имеет наибольшее практическое значение при международных переводах средств, где вероятность задержки или ошибки имеет самое существенное значение и где возникают самые большие трудности, связанные со взысканием значительного ущерба с совершившего ошибку банка-посредника, хотя такую процедуру можно ввести и для внутренних переводов средств.

Вопрос 30

Необходимы ли специальные нормы, регулирующие межбанковскую ответственность в связи с задержкой возмещения или ошибочным переводом средств?

Справочные материалы

Вопрос I6

Комментарий

I. Кроме ущерба для клиентов банка (плательщика и получателя), который может быть вызван ошибкой со стороны направляющего банка, получающий банк также может потерпеть ущерб. Хотя общие нормы права составляют основу для установления момента возникновения ответственности и для подсчета ущерба, они не могут полностью удовлетворять всем требованиям в случае применения их в отношении различных банковских ситуаций без соответствующего толкования. Кроме того, общие нормы права в каждой стране различны, и установление размера соответствующей компенсации на основе коллизий правовых норм может быть сочтено нецелесообразным при текущем расчете размера компенсации. Поэтому может быть сочтена желательной подготовка межбанковских норм, особенно для международных переводов средств.

2. Если к получающему банку необходимо предъявить требование о выплате убытков его кредитной стороне за ущерб, нанесенный в результате ошибки или задержки, имевшей место до получения этим банком поручения о переводе средств, получающий банк может претендовать на получение возмещения за ущерб от направляющего банка. В целях регулирования такой компенсации может быть заключено межбанковское соглашение. Решающим вопросом является следующий: должно ли такое соглашение распространяться на проблемы, обычно устраняемые в рамках общих норм права. К числу других вопросов могут относиться: получит ли получающий банк возмещение от направляющего банка, если ошибка произошла по вине предыдущего из цепочки банка? Может ли получающий банк получить возмещение в полном объеме за весь выплаченный им ущерб или же ему придется подтвердить ущерб путем предъявления судебного постановления или арбитражного решения? Если выплаченный получателю ущерб равен лишь сумме процентов, то должен ли банк получателя взимать эту сумму процентов в качестве возмещения в дополнение к сумме межбанковских процентов, рассматриваемой в следующем пункте? Аналогичные вопросы возникают в связи с межбанковским соглашением и могут быть разрешены на основе такого соглашения, если, как предлагалось в вопросе I6, на банк плательщика в случае перевода кредита возложена ответственность перед плательщиком за правильное выполнение всей операции по переводу кредита.

3. Если получающий банк кредитовал свою кредитную сторону, как это требовалось, но не получил возмещения в указанную дату, то в этом случае речь идет не об ущербе для кредитной стороны, а об ущербе для получающего банка в размере суммы процентов. Аналогичным образом, когда направляющий банк просит получающий банк исправить ошибку направляющего банка путем отнесения кредита на счет кредитной стороны в дату, предшествующую дате получения поручения, получающий банк утрачивает возможность инвестирования средств, которые он получил бы на эту более раннюю дату. Обратная ситуация возникает в том случае, когда банк направляет поручение о переводе кредита по ошибке другому получающему банку, а этот банк по просьбе направляющего банка впоследствии аннулирует кредит, занесенный на счет его кредитной стороны, и возвращает средства направляющему банку, при этом получающий банк имел в пользовании средства, на которые он не должен был иметь право. В некоторых правовых системах получающий банк можно обязать выплатить возмещение направляющему банку, исходя из положения о неоправданном обогащении или ему подобном явлении, даже в том случае, если ошибка допущена направляющим банком.

4. Во многих банковских системах может иметься более одной процентной ставки, которая, возможно, будет соответственно применяться в межбанковской компенсации. В отношении международных переводов средств, несомненно, существует более чем одна применимая процентная ставка. Поэтому в межбанковских правилах можно счесть полезным указывать условия, при которых размер процентной ставки передается одним банком другому в качестве компенсации, и привести соответствующие формулы для подсчета величины процентов. Кроме того, исправление ошибок требует времени. Поэтому в межбанковских правилах можно признать уместным указать величину компенсации, выплачиваемой направляющим банком получающему банку, за причиненное неудобство и время, затраченное на исправление ошибки.

Вопрос 31

Каковы должны быть последствия окончательности перевода средств или операции по переводу средств?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. 49-96

Комментарий

1. Последствия окончательности перевода средств различны во всех странах. Правовые обстоятельства, которые являются последствиями окончательности в одних странах, могут возникать до или после момента окончательности в других странах или в рамках одной страны могут возникать в различное время в зависимости от вида осуществляемого перевода средств. Поэтому не представляется возможным составить какой-либо единый перечень последствий, который следует считать результатом окончательности; возможно лишь существование перечня последствий, которые зачастую ассоциируются с окончательностью перевода средств. Истинный момент возникновения каждого последствия должен устанавливаться индивидуально для каждого вида перевода средств в каждой стране.

2. Последствия, которые наиболее часто ассоциируются с окончательностью, включают следующее:

a) остаток на счету плательщика уменьшается, и перевод средств уже не может быть прекращен в результате смерти плательщика, начала разбирательства в связи с его неплатежеспособностью, последующего ограничения его правоспособности, наложения ареста на его счет, предъявления его банком встречного требования или изъятия плательщиком поручения о переводе средств;

b) кредитовое сальдо счета получателя увеличивается и может служить основанием для предъявления иска его кредиторами;

c) получатель имеет право снять средства со счета и может получать проценты по новому кредитовому сальдо (или прекратить выплачивать проценты по предыдущему дебетовому сальдо);

d) банку получателя можно запретить дебетовать счет получателя с целью исправления допущенной, как утверждается, ошибки при переводе кредитов на этот счет без разрешения получателя;

e) выполняется основное обязательство между плательщиком и получателем.

3. Аналогичные по своей сущности последствия в отношении расчетов одного банка с другим возникают как результат окончательности операции по переводу средств между двумя банками. Однако окончательность операции по переводу средств может также оказаться сопряженной с возникновением обязательства получающего банка по кредитованию счета его кредитной стороны, выплате процентов по новому остатку на счету кредитной стороны, направлению кредитовых авизо получателю или новых поручений о переводе средств следующему банку в цепочке передачи и предоставлению средств кредитной стороне.

Вопрос 32

Должны ли переводы средств становиться окончательными для некоторых или всех целей после того, как имело место конкретное событие, или к конкретному моменту времени в течение дня?

Справочные материалы

"Окончательность", пп. 4-48

Комментарий

I. Перевод средств может являться окончательным либо после того, как имело место какое-либо конкретное событие, например запись в дебет или кредит соответствующего счета, событие, которое присуще значительному числу переводов средств, например установка запоминающего устройства, куда заложены поручения о переводе средств, в ЭВМ для обработки либо в конкретный момент времени дня, например в полночь того дня, когда поручение о переводе средств было получено или когда была сделана дебетовая или кредитовая проводка. Если перевод средств становится окончательным после того, как имело место конкретное событие, согласно норме, такие переводы средств считаются единичной операцией. Если перевод средств становится окончательным после того, как имело место событие, характерное для значительного числа переводов средств, или в конкретный момент времени дня, согласно норме, каждый перевод средств относится к нормальному циклу обработки данных для соответствующего вида перевода средств.

2. Хотя в одних странах, возможно, считается желательным установить соответствующее событие или момент времени как момент окончательности для всех видов переводов средств и для всех последствий, в других странах, возможно, признается предпочтительным считать определенные переводы средств окончательными для некоторых или всех целей после того, как имели место соответствующие события, а некоторые переводы средств считаются окончательными в конкретный момент времени дня.

3. Единственным событием, в результате которого, видимо, во всех странах и в отношении всех последствий все виды переводов средств становятся окончательными, является вручение наличных денег банком плательщика (перевод дебета) или банком получателя (перевод кредита) во исполнение поручения о переводе средств. Однако, когда наличные деньги вручаются третьему банку с правом или без права оборота, перевод средств не считается окончательным до тех пор, пока поручение о переводе средств не будет акцептовано, в зависимости от обстоятельств, банком плательщика или банком получателя. В свете этих вышеупомянутых норм можно рассмотреть вопрос о том, является ли перевод средств окончательным, когда получатель снимает наличные деньги со счета при использовании автомата для выдачи наличных, находящегося в автономной системе общего пользования, в которой банк, содержащий автомат для выдачи наличных, не сразу получает возмещение, а дебет не сразу записывается в счет клиента.

4. Некоторые виды перевода средств, видимо, требуют точного установления различных событий или моментов времени ввиду различных последствий, вытекающих из перевода средств. Например, плательщик утрачивает право на изъятие поручения о переводе средств после его выдачи, если это поручение относится к тому типу поручений, акцепт которых банк плательщика гарантирует. Ввиду общей желательности обеспечения определенности и своевременной окончательности при осуществлении электронных переводов средств в больших суммах в правилах системы зачастую предусматривается, что поручение о переводе средств не подлежит аннулированию направляющим банком (или его дающей поручение стороной) после его направления. При наличии системы урегулирования на нетто- или нетто-нетто- основе перевод средств может стать окончательным в момент, когда происходит урегулирование, в том смысле, что в этом случае впоследствии не представляется возможным возвратить поручения о переводе средств направляющему банку по причине неоплаты, хотя в правилах других систем может содержаться требование о немедленном и не подлежащем отмене кредитовании счета кредитной стороны.

5. В случае групповой обработки поручений о переводе средств, возможно, будет сочтено желательным в правилах об окончательности расчета установить конкретный момент времени дня, когда переводы средств становятся окончательными, поскольку при групповой обработке поручений о переводе средств, в отличие от индивидуальной обработки, не представляется возможным выделить одно событие в период обработки в качестве соответствующего момента окончательности перевода. Однако при желательности выделения подобного одного события предлагалось считать таковым событие, которое может быть легко определено, например установка запоминающего устройства, содержащего пакет поручений о переводе средств, в ЭВМ.

6. Кроме того, может быть сочтено желательным, как это имеет место в некоторых странах, разрешить вести обработку данных в любом удобном для банка порядке. Для этого может быть сочтено желательным разрешить банку вносить все дебетовые и кредитовые проводки без учета

величины сальдо на счетах или других причин для отказа в акцепте поручений о переводе средств и аннулировании проводок, которые банк впоследствии признает не подлежащими оплате. Если это будет сочтено целесообразным, можно также рассмотреть вопрос о желательности установления максимального срока, в течение которого банк может аннулировать проводки и который в качестве вероятного наиболее оптимального решения истекает в конкретный момент времени дня.

Вопрос 33

Каковы должны быть последствия для перевода кредита между двумя клиентами, когда операция по переводу средств между двумя банками становится окончательной?

Справочные материалы

"ЭПС в целом",пп. 26-28

"Окончательность перевода", пп. 23-30, 58, 6I, приложение

Вопрос 4

Комментарий

I. Взаимосвязь между окончательностью по переводу средств между двумя банками и переводом кредита от плательщика к получателю представляется одним из наиболее важных правовых вопросов, который следует рассмотреть при создании системы перевода средств в больших размерах и в ходе потенциальной подготовки норм, регулирующих международные переводы средств.

2. Как представляется, в связи с этим вопросом не возникало особых проблем, поскольку электронный перевод средств в значительных размерах по телеграфу или телетайпу осуществлялся лишь между сравнительно небольшой группой крупных банков, имеющих устойчивые корреспондентские отношения. Во многих странах межбанковские переводы считаются лишь актами по выполнению указаний плательщика. Поэтому в том случае, когда банк плательщика действует согласно поручению о переводе средств, вполне понятно, что банк получателя принимает поручение плательщика даже в случае направления телеграммы или телекса банком плательщика или банком-посредником.

3. Нормы, предназначенные для различных систем электронного перевода средств в значительных размерах, которые были созданы на основе использования технологии передачи данных с ЭВМ на ЭВМ, включают правила, определяющие момент, когда операции по переводу средств, выполненные через такую систему, являются окончательными. По всей видимости, данные нормы преследуют две основные цели. В первую очередь это - гарантия урегулирования. Хотя такая цель может показаться не имеющей особой важности для систем урегулирования на нетто- или нетто-нетто-основе, в которых механизм урегулирования носит чрезвычайно сложный характер, на практике она может иметь более существенное значение для системы, где функционирует банк-корреспондент, в том числе центральный банк. Представляется очевидным, что урегулирование на нетто-основе для всех банков-участников должно быть необратимым. Однако при отсутствии в общем законе о переводе средств норм, определяющих момент, когда операция по переводу средств становится необратимой, такая операция может быть аннулирована по указанию плательщика. В результате банк-корреспондент может быть вынужден аннулировать перевод кредита на счет своего получающего банка. Это может привести к появлению дебетового сальдо на счету, что неприемлемо для банка-корреспондента.

4. Второй причиной использования норм об окончательности расчетов в рамках системы является необходимость обеспечения гарантии для получающего банка в отношении того, что полученный им кредит не подлежит отмене. При наличии такой гарантии получающий банк может также выдать своей кредитной стороне, которой может быть либо получатель, либо другой банк, не подлежащий отмене кредит.

5. Первое последствие нормы об окончательности расчетов в рамках системы состоит в том, что направляющий банк при осуществлении операции по переводу средств не может отозвать свое поручение после того, как оно было направлено через систему. Поэтому плательщик также утрачивает право на отзыв поручения из системы. Однако, если для получателя перевод средств еще не стал окончательным, плательщик все же имеет право отозвать свое поручение на весь перевод средств в целом. Поэтому, возможно, возникнет вопрос, возлагается ли на получающий банк при осуществлении операции по переводу средств обязательство по передаче уведомления

об отзыве поручения о переводе средств. Если у получающего банка нет такого обязательства, следует рассмотреть вопрос, должен ли плательщик или банк плательщика иметь право действовать в обход банков-посредников и непосредственно дать указание банку получателя. Этот вопрос носит чрезвычайно серьезный характер, поскольку он может возникать особенно часто при международных переводах средств, когда, возможно, затрагивается материальное и процессуальное право некоторых стран.

6. Хотя эта проблема чаще всего может возникать в связи с отзывом поручения о переводе средств по указанию плательщика, аналогичный вопрос может возникать в отношении уведомления о смерти плательщика, начале разбирательства по поводу его неплатежеспособности, наложении ареста на его счет или любых других правовых действий, которые будут препятствовать завершению операции по переводу средств.

7. Если перевод средств может быть остановлен в результате действия в обход получающего банка в ходе операции по переводу средств и направления соответствующего уведомления последующему в цепочке банку или непосредственно банку получателя, то представляется необходимым установить процедуру выплаты возмещения различным банкам, которая также предусматривала бы действие в обход получающего банка при осуществлении операции по переводу средств. Если получающему банку требуется выплатить возмещение направляющим банкам, то операция по переводу средств не является окончательной. В этом отношении норма об окончательности расчетов в рамках системы отличается от некоторых норм расчетной палаты, которые предусматривают, что не принятый к оплате чек может быть возвращен через расчетную палату в течение определенного срока, по истечении которого он может быть возвращен лишь минуя расчетную палату.

8. В то же время в каждой системе по переводу средств, безусловно, необходима процедура для возвращения поручений о переводе кредитов по просьбе банка плательщика в связи с допущенной им ошибкой или по инициативе банка плательщика, так как он не может выполнить поручение, например, ввиду отсутствия такого счета. Поскольку подобные возвраты, по-видимому, не противоречат принципу окончательности первоначальной операции по переводу средств, то, возможно, возвраты, возникающие в результате уведомлений рассматриваемых типов, также не должны считаться противоречащими принципу окончательности операции по переводу средств.

9. Если сделано заключение о том, что окончательность операции по переводу средств между банками-посредниками имеет силу уведомления о запрете по этим различным причинам для прекращения перевода средств, прежде чем перевод становится окончательным, то в результате этого в отношении таких вопросов перевод средств становится окончательным одновременно с тем, когда окончательной становится операция по переводу средств.

Вопрос 34

Должна ли гарантия акцепта поручения о переводе средств банком плательщика влиять на время окончательности перевода средств?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. 41-43

Комментарий

1. Хотя гарантия акцепта поручения банком плательщика обычно связана с переводами дебета на основе бумажных бланков, таких как гарантийные чеки и кредитные карточки, она может быть также связана с электронными переводами дебета или кредита. В частности, в любой системе операций в торговых точках с отсроченным дебетом, видимо, гарантируется кредитование получателя (продавца) после получения продавцом разрешения начать операцию.

2. Одним из непосредственных последствий гарантии акцепта является прекращение права плательщика на изъятие поручения о переводе средств. Если эта гарантия считается эквивалентом акцепта переводного векселя (или удостоверения чека, если это разрешено), можно предположить также вероятность возникновения других последствий, связанных с окончательностью перевода. Для последующего дебетования счета плательщика не может служить препятствием последовавшая смерть плательщика, начало разбирательства в связи с его неплатежеспособностью, наложение ареста на счет плательщика, предъявление банком встречного требования или ограничение правоспособности плательщика. Можно считать, что основное обязательство выполняется после выдачи гарантийного поручения. Вместе с тем очевидно, что получатель не будет иметь права на пользование средствами до предъявления поручения для акцепта или до наступления момента обязательной выдачи средств, как это предусматривается соглашением в рамках системы операций в торговых точках.

Вопрос 35

Необходима ли конкретная норма в отношении того, должен ли банк плательщика, которому направлены средства для выдачи их плательщику по предъявлении им соответствующего удостоверения, хранить средства для плательщика или получателя?

Справочные материалы

"Соглашения", п. 4

Комментарий

I. Этот вопрос отличается от общего вопроса окончательности перевода средств, поскольку перевод средств не может заканчиваться кредитованием счета плательщика. Кроме того, в большинстве случаев отсутствуют предварительные договорные отношения между получателем и банком получателя, в соответствии с которыми банку надлежит хранить полученные средства для предоставления их в будущем получателю.

2. Хотя практика направления в банк поручений о выплате суммы денег наличными конкретному лицу по предъявлении им удостоверения составляет чрезвычайно небольшую долю всех переводов средств, возможно, ее следует отразить в конкретной норме. Такие переводы на небольшие суммы денег чаще всего направляются через почтовые системы переводов средств, однако банковские переводы значительных сумм денег достаточно часты. Как правило, получатель не является лично в течение определенного периода времени. Это повышает возможность того, что плательщик, возможно, пожелает изъять поручение о переводе средств или что какое-либо событие, например неплатежеспособность плательщика или начало судебного разбирательства по его счету, может произойти до того, как появится сам получатель.

3. Можно считать, что перевод средств становится окончательным лишь после того, когда получатель появляется лично и требует выдать наличные деньги. В этом случае банк получателя хранит средства по указанию плательщика и с учетом любых требований в отношении активов плательщика.

4. Однако можно также предположить, что, как только банк получателя уведомит получателя о наличии средств, плательщик считается выполнившим свое обязательство перед получателем. В связи с тем, что плательщик утрачивает любой контроль над этими средствами, они остаются в распоряжении получателя. Причем эти средства приравниваются к средствам, находящимся на счете получателя в данном банке.

Вопрос 36

Следует ли момент выполнения основного обязательства в результате перевода средств ставить в зависимость от способов, используемых банком для осуществления перевода средств? Должен ли момент выполнения обязательства совпадать с моментом, когда перевод средств становится окончательным?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. 4I-43, 92-96

Вопрос 35

Комментарий

I. Особенно при производстве операций с крупными суммами момент выполнения обязательства путем осуществления перевода средств может быть установлен сторонами в основном соглашении. Если это не установлено сторонами, в соответствующих правовых нормах обычно определяется момент выполнения обязательств в зависимости от вида перевода средств и процедур, используемых банками. По этой причине правовые нормы, касающиеся выполнения основного обязательства, могут содержаться в праве, регулирующем переводы средств, хотя они также могут содержаться и в праве, регулирующем выполнение основного обязательства.

2. Можно предположить, что ввиду изменения банковской практики в области перевода средств следует рассмотреть вопрос о том, являются ли существующие нормы, определяющие момент выполнения основного обязательства, по-прежнему достаточными. Этот вопрос имеет особое значение в тех странах, где перевод средств обычно выполняется при помощи чеков, а нормы, касающиеся выполнения обязательства путем перевода кредита, могут носить неопределенный характер. Кроме того, применимые к чекам нормы могут оказаться полностью применимыми и к электронным формам перевода дебета, например, таким, которые осуществляются на основе постоянного разрешения на дебетование.

3. В странах, где перевод средств обычно осуществляется в форме перевода кредита, можно предположить, что традиционные нормы, возможно, будут надлежащим образом соответствовать новым условиям. Это, в частности, может иметь место в случае, если основное обязательство выполняется в тот момент, когда перевод средств становится окончательным, или по крайней мере в случае, если момент окончательности перевода средств ясно определяется нормами соответствующего права и характером имеющихся способов осуществления перевода средств. Однако, если нормы, касающиеся выполнения обязательства, находятся в зависимости от конкретного действия банка, поскольку,возможно, именно это действие означает окончательность перевода средств, можно считать уместным повторно изучить такие нормы для определения того, следует ли банкам продолжать выполнять эту операцию или более уместными будут какие-либо другие действия банка. Если, например, основное обязательство выполняется в момент занесения кредита на счет получателя, можно рассмотреть вопрос о том, когда кредит считается отнесенным на счет при групповой обработке данных.

4. Наблюдается значительное увеличение видов переводов средств, когда банк плательщика гарантирует акцепт поручения. Если даже само поручение еще не акцептовано, наличие гарантии банка в дополнение к обязательству плательщика может служить достаточным основанием для того, чтобы считать основное обязательство выполненным.

Вопрос 37

Следует ли в нормах, регулирующих перевод средств, учитывать возможность того, что банк может не произвести расчет?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. 97-99, приложение

Комментарий

1. В тех странах, где имеется явная возможность того, что местный банк может не произвести расчеты по переводу средств, правовые нормы предусматривают необходимость распределения, вытекающего из этого ущерба. Обсуждение вопросов риска в рамках системы показало, что создание систем оперативного перевода крупных средств повысило риск в некоторых странах до такой степени, что были приняты или планируются новые меры.

2. В тех странах, где возможность того, что местный банк не сможет произвести расчет, считается маловероятной и где существующие или будущие системы оперативного перевода крупных средств не увеличат этот риск, нет необходимости учитывать такие возможности в нормах. Непредвиденные случаи такого рода, вероятно, нужно регулировать нормами, разработанными для других целей, например, когда речь идет о неспособности иностранного банка произвести расчет по международному переводу средств.

3. Распределение ущерба между банками, нанесенного в результате того, что банк не смог произвести расчет по международному переводу средств, может зависеть от законодательства имеющих к этому отношение стран. Если неспособность произвести расчет связана с операцией по переводу средств, произведенной с помощью системы электронного перевода средств, то в нормах эксплуатации системы можно предусмотреть конкретные положения для распределения ущерба. Ущерб можно также распределить, применив правила об окончательности перевода. Эти правила можно найти или в законодательстве, регулирующем перевод средств, или в межбанковских соглашениях.

4. Хотя межбанковские соглашения могут влиять на права небанковского плательщика или получателя, определяя распределение ущерба между банками, эти соглашения вряд ли могут служить источником для выработки норм, определяющих, может ли банк передать ответственность за ущерб

нанесенный в результате неспособности произвести расчет, своему небанковскому плательщику. Однако следует исходить из того, что если банк получателя будет нести ответственность за то, что его направляющий банк не сможет произвести расчет, и если эта ответственность будет существенной, то банк получателя найдет средства не вносить безотзывный кредит на счет получателя, пока расчет не будет окончательным.

Вопрос 38

Может ли перевод средств стать окончательным после установленных часов работы?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. I3-I4, 32

Комментарий

I. В банковском деле намечается тенденция к выполнению многих функций круглосуточно, и это может определенным образом повлиять на время суток, когда перевод средств становится окончательным. В отношении поручений о переводе средств, исполненных на бумажном бланке, сложилась практика завершения процесса обработки данных после закрытия банка для клиентов, но до окончания рабочего дня персонала. Поручения, полученные в конце рабочего дня, после предельного времени для принятия документов, зачастую считались полученными на следующий день и обрабатывались тоже на следующий день. Какова бы ни была конкретная норма окончательности, она действовала в течение установленных часов работы персонала банка. Практика окончательного завершения операций во время установленных часов работы, возможно, считалась в некоторых странах нормой права.

2. В настоящее время процесс обработки данных во многих банках продолжается ночью. Во многих случаях завершение операций проводится после установленных часов работы. Поскольку терминалы, эксплуатируемые клиентами, во многих местах можно использовать круглосуточно, поручения о переводе средств могут быть занесены как ночью, так и днем, а, если система всегда работает в оперативном режиме, многие из этих операций можно выполнить немедленно. Таким образом, международный перевод средств, начатый в течение дня одним из банков в одной временной зоне, может быть завершен в течение ночи в другой временной зоне. То же самое может иметь место при внутреннем переводе средств, если страна находится в нескольких временных зонах. Можно предположить, что обычное действие норм окончательности позволит сделать вывод о том, что перевод средств стал окончательным именно в тот момент. Хотя, с одной стороны, это было бы естественным, с другой стороны, это нарушает привычное представление о том, что расчеты по переводу средств обрабатываются и становятся окончательными в течение установленных часов работы.

3. Следует также отметить, что в тех странах, где возможно аннулирование записей о дебете или кредите в течение ограниченного периода времени, период аннулирования может закончиться после установленных часов работы, например в полночь, и именно в это время перевод средств будет считаться окончательным.

4. Могут возникнуть особые проблемы, когда электронный перевод средств от одной ЭВМ к другой ЭВМ становится окончательным в один день в банке-отправителе, но ввиду разницы во времени становится окончательным в предыдущий или в последующий день в банке получателя.

Вопрос 39

Когда следует считать запись о дебете или кредите занесенной на счет?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. 8, 33, 36

Комментарий

I. Нормы окончательности часто основываются на времени записи дебета или кредита на соответствующий счет, поскольку это было объективное действие, которое, по-видимому, означало, что было принято решение о приеме поручения, и, вероятно, символизировало передачу требования к банку от плательщика к получателю.

2. Современные методы обработки данных стали более сложными и привели к снижению ценности этого действия как символа. Банки часто стремятся занести данные на счет как можно скорее после поступления поручений о переводе средств, подлежащих аннулированию в течение определенного периода времени, в течение которого банки могут решить, принимают они поручение или нет. Если закон не разрешает аннулирование записей в счете, занесение записи можно сделать на временный счет и только позднее объединить временный счет с настоящим. Если поручения поступили в банк на один, два или более дней позднее, их также можно сразу же занести на временный счет с указанием даты их вступления в силу и времени, когда они должны быть объединены с настоящим счетом. До применения ЭВМ эти операции были технически неосуществимы.

3. Временем занесения дебета или кредита на счет может считаться или время занесения записей на временный счет или время объединения его с настоящим счетом. Однако можно считать, что время занесения на временный счет записи дает этой записи правовую силу, чего и предполагалось избегать. Кроме того, представляется очевидным, что временный счет предполагалось использовать с тем, чтобы дать банкам такую же возможность аннулировать запись, которую имеют банки в странах, где запись считается поддающейся аннулированию в течение некоторого периода времени.

4. Однако следует отметить, что эти два подхода не решают одинаково вопрос о времени занесения записей о дебете или кредите на счет или, точнее, о времени, когда она становится окончательной. В тех правовых системах, где запись можно аннулировать в течение определенного периода времени, она автоматически становится безотзывной в конце этого периода времени, и этот момент указывается точно. В тех странах, где занесение записей о дебете и кредите зависит от объединения временного счета с настоящим счетом, занесение записей и окончательность зависят от акта слияния счетов. Можно допустить, что этот акт заключается в действии человека по обновлению машинного файла. Хотя это действие может совершаться приблизительно в одно и то же время каждый день, само время может быть различным по ряду причин. Конечно, слияние может быть чисто условным или если необходимо обновление файла, его можно автоматически запустить при помощи часового механизма, если только не было вмешательства человека с целью отсрочки слияния. Все эти варианты усложняют понятие занесения записей о дебете или кредите на счет.

5. Кроме того, имеются сложности в определении времени, когда пакетные записи из запоминающего устройства ЭВМ внесены в счет. Если запись символизирует решение принять поручение, запись лучше считать занесенной в то время, когда запоминающее устройство ЭВМ было помещено в машину для обработки, или даже тогда, когда оно было подготовлено и готово для последующей обработки. Момент, когда компьютер доходит до конкретного элемента в пакете, даже если этот момент регистрируется компьютером, по-видимому имеет слабое отношение к правам различных сторон на поручение или счет.

Вопрос 40

В какой последовательности следует рассматривать занесение различных записей на счет?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. 32-37

Вопросы 38-39

Комментарий

1. Когда все записи на счет делались вручную одним лицом, последовательность их занесения была очевидна, и было целесообразно строить различные нормы первоочередности на основе этой последовательности. В настоящее время проводка дебета и кредита осуществляется из самых различных источников, и эти записи можно вносить в счет различными путями. Поручения на бумажных бланках, поступившие непосредственно через банк или по почте, могут быть направлены в центр обработки данных или для занесения прямо на счет, или для введения в запоминающее устройство ЭВМ, которое будет позднее использовано для занесения этих поручений на счета. С другой стороны, служащий, принимающий поручение непосредственно в банке или вскрывающий почту, может ввести эти данные с помощью терминала на своем рабочем месте. Поручения могут поступать из банковских автоматов, работающих или в управляемом, или в автономном режиме.

хотя банк при установлении даты начисления процентов может не делать между ними разницы, фактическое внесение записи в счет может расходиться на один день или более. Поручения на бумажных бланках и электронные поручения, поступающие пакетами из других банков или расчетных палат, могут иметь независимые от других обрабатываемых данных банком поручений схемы обработки. Отдельные поручения на большую сумму, поступающие по каналам электросвязи, могут быть занесены прямо на счет. Поручения, полученные для обработки позднее, могут быть занесены на временные счета, и затем эти временные счета могут быть объединены с настоящими счетами в любое удобное для центра обработки данных время.

2. Хотя всегда можно установить очередность на основании последовательности занесения записей на данный счет различных поручений о дебете и кредите, можно предположить, что при сложившемся положении результаты не всегда бывают удовлетворительными. И при этом трудно установить, по какому принципу лучше определять последовательность. Отсюда вытекают по меньшей мере три возможности: первая - это обработка сначала самых мелких поручений, с тем чтобы удовлетворить как можно больше клиентов, вторая - исходить из того, что все поручения по степени очередности одинаковы, поэтому необходимо соблюдать пропорциональность; третья возможность - банк может по своему усмотрению определять очередность записей на счет.

3. Система может действовать согласно правилу, заключающемуся в том, что если банк не в состоянии произвести расчет, все кредиты, направленные в этот банк, остаются в силе, а дебеты, направленные в этот банк, то есть поручения по переводу кредитов, направленные этим банком, или поручения о переводе дебета, полученные им, удовлетворяются в той последовательности, в которой они проходили через расчетную палату. Это правило не вызывает трудностей в свете настоящего обсуждения, если поручения проходят через расчетную палату в качестве отдельных статей. Фактически у него есть одно преимущество, состоящее в том, чтобы банки могли полагаться на поручения о переводе кредитов, полученные в начале дня, и передавать кредит своим клиентам, поскольку эти поручения будут рассматриваться в первую очередь, если направляющий банк не сможет произвести расчет. Однако, если расчет производится путем занесения записей о дебетах и кредитах на счета, открытые в центральном банке или в каком-либо другом банке единой системы расчетов и если другие поручения, помимо полученных при помощи данной системы, были переданы центральному банку для занесения дебета на счет банка, не сумевшего произвести расчет в тот же день, необходимо принять решение, подобное тому, которое описано в пункте 2, в отношении последовательности получаемых через такую систему поручений о занесении дебета на счет банка, не произведшего расчет, в отличие от других полученных поручений о занесении записей о дебете на этот счет.

Вопрос 41

Имеет ли банк право заполучить назад ошибочно переведенный кредит путем аннулирования записи в счете кредитуемой стороны?

Справочные материалы

"Окончательность перевода", пп. 79-80

Комментарий

1. Наиболее эффективный способ для банка восстановить кредит, ошибочно занесенный в счет своей кредитной стороны, - это аннулировать данную запись путем записи этой суммы в дебет. Этот способ особенно эффективен в том случае, если счет принадлежит не банковскому получателю, а банк получателя или счет лоро получающего банка открыт в направляющем банке.

2. Аннулирование кредита, без сомнения, допустимо, если кредит еще не стал безотзывным по причине того, что по данной стране кредит может быть отозван в течение определенного периода времени после того, как он занесен в запись на счет, или потому, что кредит занесен на временный счет, который еще не объединен с настоящим счетом. Однако,как только кредит по соответствующему закону стал безотзывным, следует проявлять крайнюю осторожность, давая разрешение на отзыв ошибочно переведенного кредита путем дебетования счета без предварительной санкции на то кредитуемой стороны. В некоторых странах банку получателя разрешается отозвать кредит, ошибочно им самим переведенный, в отличие от кредита, ошибочно переведенного плательщиком или банком плательщика.

III. НОВЫЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ПОРЯДОК: ПРОМЫШЛЕННЫЕ КОНТРАКТЫ

A. Шестая сессия Рабочей группы по новому международному экономическому порядку

I. Доклад Рабочей группы по новому международному экономическому порядку о работе ее шестой сессии (Вена, 10-20 сентября 1984 года) (A/CN.9/259) a/

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
ВВЕДЕНИЕ	1-11
ОБЪЕМ И КАЧЕСТВО РАБОТЫ	12-35
ЗАВЕРШЕНИЕ, ПРИЕМКА И ПРИНЯТИЕ	36-62
РАСПРЕДЕЛЕНИЕ РИСКА УБЫТКОВ ИЛИ УЩЕРБА	63-75
ВОЗМЕЩЕНИЕ УЩЕРБА	76-84
ОГОВОРКИ О ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫХ УБЫТКАХ И ШТРАФНЫХ НЕУСТОЙКАХ	85-99
СТРАХОВАНИЕ	100-113
СУБПОДРЯДЫ	114-132
ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ	133-152
ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ И БУДУЩАЯ РАБОТА	153-154

---

a/ Рассмотрение Комиссией см. Доклад, глава IV (часть первая, A, выше).

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей одиннадцатой сессии Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли постановила включить в свою рабочую программу тему под названием "Правовые последствия нового международного экономического порядка" и учредила для рассмотрения данного вопроса Рабочую группу 1/. На своей двенадцатой сессии Комиссия определила государства - члены Рабочей группы 2/. На своей тринадцатой сессии Комиссия постановила, что Рабочая группа должна состоять из всех государств - членов Комиссии 3/. Рабочая группа состоит из следующих 36 государств: Австралии, Австрии, Алжира, Бразилии, Венгрии, Гватемалы, Германии, Федеративной Республики, Германской Демократической Республики, Египта, Индии, Ирака, Испании, Италии, Кении, Кипра, Китая, Кубы, Мексики, Нигерии, Объединенной Республики Танзания, Перу, Сенегала, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Союза Советских Социалистических Республик, Сьерра Леоне, Тринидада и Тобаго, Уганды, Филиппин, Франции, Центральноафриканской Республики, Чехословакии, Швеции, Югославии и Японии.

2. На своей первой сессии Рабочая группа рекомендовала Комиссии для возможного включения в свою программу вопросы, касающиеся, в частности, согласования, унификации и обзора договорных положений, часто встречающихся в международных контрактах в области промышленного развития 4/. Комиссия на своей тринадцатой сессии согласилась уделить первоочередное внимание работе, связанной с упомянутыми контрактами, и обратилась с просьбой к Генеральному секретарю провести исследование по вопросу контрактов на поставку и строительство крупных промышленных объектов 5/.

3. На своих второй и третьей сессиях Рабочая группа рассмотрела исследование 6/, подготовленное секретариатом 7/. На своей третьей сессии Рабочая группа просила секретариат в соответствии с решением Комиссии на ее четырнадцатой сессии 8/ приступить к составлению проекта правового руководства по договорным положениям, относящимся к контрактам на поставку и строительство крупных промышленных объектов 9/. В правовом руководстве должны быть определены возникающие в таких контрактах вопросы правового характера и должны содержаться предложения относительно возможных их решений с целью оказания помощи сторонам, в первую очередь из развивающихся стран, при проведении переговоров 10/.

4. На своей четвертой сессии Рабочая группа рассмотрела краткое описание структуры правового руководства и проекты некоторых отдельных глав, подготовленные секретариатом 11/ и просила секретариат в срочном порядке продолжать подготовку правового руководства 12/. На своей пятой сессии Рабочая группа обсудила проекты некоторых других глав и записку о структуре руководства 13/. Была достигнута общая договоренность относительно необходимости как можно быстрее закончить работу по составлению правового руководства и, если это уместно, в целях ускорения работы проводить ежегодно две сессии Рабочей группы 14/.

5. Рабочая группа провела свою шестую сессию в Вене 10-20 сентября 1984 года. Были представлены все члены Рабочей группы, за исключением Алжира, Венгрии, Гватемалы, Индии, Кипра, Кубы, Нигерии, Объединенной Республики Танзания, Сенегала, Сингапура, Сьерра Леоне, Тринидада и Тобаго и Центральноафриканской Республики.

6. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Аргентины, Болгарии, Ватикана, Венесуэлы, Доминиканской Республики, Индонезии, Канады, Катара, Корейской Республики, Нидерландов, Саудовской Аравии, Таиланда, Финляндии, Чили, Швейцарии и Эквадора.

7. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных организаций:

a) органы Организации Объединенных Наций

Организация Объединенных Наций по промышленному развитию

b) межправительственные организации

Афро-азиатский консультативно-правовой комитет,
Комиссия европейских сообществ

c) международные неправительственные организации

Международная ассоциация юристов,
Международная торговая палата,
Международная федерация инженеров-консультантов и
Международная организация за прогресс.

8. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Лейф СЕВОН (Финляндия)*

Докладчик: г-жа Хелена ВИЛУС (Югославия)

9. Рабочей группе были представлены на рассмотрение следующие документы: восемь проектов глав правового руководства по составлению международных договоров о строительстве промышленных объектов - "Возмещение ущерба" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4), "Оговорки о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5), "Объем и качество работ" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1), "Завершение, приемка и принятие" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2), "Распределение риска убытков или ущерба" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3), "Страхование" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4), "Субподряды" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5) и "Обеспечение исполнения обязательств" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6).

10. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Обсуждение проектов отдельных глав правового руководства по составлению международных договоров о строительстве промышленных объектов
4. Прочие вопросы
5. Утверждение доклада.

11. Рабочая группа перешла к обсуждению проектов отдельных глав в изложенном ниже порядке очередности.

ОБЪЕМ И КАЧЕСТВО РАБОТЫ 15/

12. Было высказано общее мнение о том, что данную главу следует пересмотреть с целью ее сокращения и согласования терминологии.

13. Отмечалось, что включить в данную главу примерные положения было бы трудно, поскольку она посвящена вопросам объема и качества работы различного рода, а это требует различного описания объема и качества работ. Кроме того, в целом правовые вопросы, затрагиваемые в этой главе, не относятся к тем, которые следует уточнять с помощью примерных положений. Вместе с тем указывалось, что вопросы, рассматриваемые в разделе E ("Степень конфиденциальности проектных заданий, чертежей и другой технической документации"), могут быть предметом примерных положений. Было также отмечено, что текст можно сократить и сделать более ясным путем использования образцов некоторых видов документов, на которые делается ссылка. Далее высказывалось мнение о том, что в данную главу может быть включен контрольный перечень видов документов, которые могут быть подготовлены для целей того или иного контракта (например, основной договорный документ, предложение сделать заявку, заявка, чертежи, проектные задания, количественная опись), и что стороны могут воспользоваться таким контрольным списком при решении вопроса о том, какие документы должны являться частью контракта.

14. Было достигнуто широкое согласие в отношении того, что в руководстве должна содержаться рекомендация относительно того, что в основном договорном документе следует четко указывать, какие документы, относящиеся к объему и качеству являются частью контракта. Высказывалось мнение о том, что, принимая во внимание большой объем документации, которая может быть подготовлена различными лицами в различное время для целей контракта, руководство должно рекомендовать юрисконсультам сторон изучать все документы в целях обеспечения согласованности и определении того, какие документы являются частью контракта. Было также внесено предложение о том, чтобы в контракте подробно оговаривались требуемые объем и качество работ, поскольку при отсутствии таких подробных положений закон, регулирующий толкование контракта, может ограничить сферу его применения в том, что касается объема и качества.

15. Было отмечено, что в комплексных контрактах положения, касающиеся объема и качества строительных работ, могут содержаться в нескольких пространных документах существующих отдельно от основного договорного документа. Таким образом, следует предусмотреть включение этих отдельных документов в основные договорные документы путем ссылок.

---

* Председатель был избран в личном качестве.

16. Было высказано мнение, что термин "под ключ" не имеет фиксированного определения в большинстве правовых систем и что обязательства, возлагаемые на подрядчика в связи с использованием этого термина, являются неясными. В связи с этим необходимо четко определить обязательства подрядчика по такому контракту. Обязательство подрядчика выполнить обязательства, являющиеся обычными или необходимыми с учетом предполагаемой цели контракта, может оказаться недостаточным для определения обязательств подрядчика, и сторонам следует попытаться сформулировать более точное определение остающихся обязательств подрядчика по контракту.

17. Было отмечено, что определение объема строительных работ путем ссылки на модель может вызвать трудности, поскольку модель может быть изменена, повреждена или разрушена, и будет трудно установить содержание первоначальной модели. Кроме того, с помощью модели, возможно, будет трудно решить все вопросы.

18. Было отмечено, что термин "качество", используемый в этой главе, применяется в двух значениях. Во-первых, он используется для указания характера материалов или услуг и, во-вторых, - для указания степени качества материалов или услуг. Было предложено разделить эти два значения в новой редакции этой главы.

19. Было достигнуто широкое согласие в отношении того, что использование таких терминов, как "первоклассный", для указания степени качества вызывает неопределенность. Было предложено применять более точную терминологию для определения качеств или характеристик тех или иных материалов или услуг (например, указывать требуемую прочность стали, используемой в строительстве). Было также отмечено, что в коммерческой практике, как представляется, достаточно четкое значение приобрел термин "новый и по крайней мере обычного коммерческого качества".

20. Было выражено мнение, что общее описание характера материалов и услуг в основном договорном документе и в технических условиях может привести к несогласованности. Соответственно, представляется целесообразным включать такие определения только в технические условия. Вместе с тем, было отмечено, что в основном договорном документе необходимо дать достаточно определенное описание строительных работ и что в такое описание можно включить краткое указание на требуемое качество. Было достигнуто согласие в отношении того, что, хотя в этой главе следует указать различные виды технических условий, в ней не следует использовать такие термины, как "техническое" задание и "проектное" задание.

21. Было указано, что возможная связь между характером технических условий, которые должны включаться в предложения на заявку, и методами установления цен является сложной и что, возможно, этот вопрос лучше рассмотреть в главе руководства, касающейся процедур заявок на торгах.

22. Было отмечено, что термин "стандартный" может пониматься в одном или двух значениях. Он может касаться правовых требований безопасности в отношении поставляемых оборудования или материалов или утвержденного описания характеристик подлежащих поставке оборудования или материалов, представленного профессиональными техническими органами или торговыми ассоциациями. Обычно стороны будут пользоваться автономией при утверждении последнего упомянутого типа стандартов. В то же время было указано, что страна заказчика может располагать своими собственными обязательными в отношении объектов, сооружаемых в данной стране.

23. В этой связи было выражено мнение, что термин "применимое право" является несколько неопределенным: он может означать право, применимое к данному контракту, или право страны заказчика или подрядчика, предусматривающее обязательный характер некоторых стандартов в отношении оборудования или материалов. Используемый в руководстве термин должен быть вполне определенным.

24. Отмечалось, что в процессе достижения договоренности по вопросу об использовании стандартов, являющихся предметом обсуждения, такие стандарты должны быть четко определены (например, путем ссылки на страну или орган, которые разработали данный стандарт, а также указания даты разработки такого стандарта). Также было отмечено, что предъявление требований при объявлении тендера, касающихся некоторых стандартов, обязательных для подрядчика, может оказывать сдерживающее воздействие на проявляющих к такому тендеру интерес потенциальных подрядчиков, не знакомых с указанными стандартами.

25. Что касается несоответствий между чертежами и техническими условиями, представленными заказчиком, то указывалось, что когда такие несоответствия доведены до сведения заказчика, он должен устранить их в течение короткого периода времени. Далее заказчик компенсирует любые издержки, понесенные подрядчиком в результате таких несоответствий.

26. В отношении утверждения заказчиком подробных чертежей, выполненных подрядчиком, было указано, что такое утверждение не всегда является необходимым или целесообразным ввиду частых изменений, вносимых в чертежи в процессе выполнения строительных работ. Более того, в связи с использованием некоторых методов форсированного строительства (например, известных под названием строительства "на быстрых рельсах"), подробное описание работ, а также рабочие чертежи представляются и согласовываются в ходе выполнения работ. Соответственно, если требуется утверждение чертежей заказчиком, то это должно осуществляться без промедления. Заказчик несет издержки, связанные с любой задержкой в утверждении чертежей (например, несет вытекающие отсюда расходы или продлевает сроки выполнения работ). Было также отмечено, что если заказчик прямо или косвенно фактически утвердил детальные чертежи, то на более поздней стадии он не имеет права требовать внесения изменений в такие чертежи или изменений в выполнение строительных работ, осуществляемых в соответствии с такими утвержденными чертежами.

27. Было отмечено, что чертежи могут подготавливаться совместно сторонами, и стороны должны изыскивать пути устранения возможных ошибок в таких чертежах и распределения ответственности.

28. Было отмечено, что, если технические условия или чертежи, представленные заказчиком, оказываются неточными или недостаточными, заказчик не только обязан компенсировать издержки, понесенные подрядчиком в результате таких ошибок, но и компенсировать убытки подрядчика в результате любых вызванных такими ошибками перерывов в работе.

29. Было выражено мнение, что, даже если стороны заключат контракт, в котором обязательства, взятые на себя подрядчиком, выражены в конкретных результатах работы (например, контракт "под ключ"), заказчик несет ответственность за ошибки (например, отсутствие упоминания какой-либо части строительных работ или требование в отношении использования негодного оборудования, материалов или представления услуг), допущенные в представленных им спецификациях и чертежах. Если заказчик желает избежать такой ответственности, он должен обязать подрядчика разработать технические условия и чертежи. Если же заказчик желает сам разработать технические условия и чертежи, то он должен обязать подрядчика уведомить его об ошибках, которые подрядчик позднее обнаружил или должен был обнаружить, и подрядчик должен нести ответственность за неуведомление о таких ошибках.

30. Было согласовано, что раздел D ("Иерархия документов") следует поместить сразу же за разделом B ("Определение объема и качества работ в договорных документах"). Было также предложено изменить название раздела D, с тем чтобы оно отражало предложенные изменения объема данного раздела.

31. Было указано, что в руководстве следует более ясно указать на возможность несоответствий между различными документами, составляющими часть сложного контракта, а также обратить внимание на необходимость предпринять все усилия для устранения таких несоответствий.

32. Было указано, что трудно разработать нормы категоричного характера, которые позволили бы определить, на какой документ контракта следует ориентироваться в случае обнаружения несоответствия. С точки зрения юриста, было бы предпочтительно ориентироваться не на чертежи, состоящие из диаграмм, а скорее на спецификации в тексте основного контракта; однако инженер может предпочесть обратное. Было достигнуто широкое согласие относительно того, что при определении документа, на который следует ориентироваться, необходимо принимать во внимание ряд факторов (например, в каком из документов содержится более позднее соглашение между сторонами, характер расхождения между документами, или какой из документов имеет более непосредственное отношение к обсуждаемому вопросу). Вероятно, следует рекомендовать рассматривать документы прежде всего как взаимопоясняющие, а в случае явного расхождения такой спорный вопрос должен стать предметом незамедлительного рассмотрения.

33. Было выражено распространенное мнение, согласно которому проблемы, касающиеся конфиденциальности технических условий, чертежей и других технических документов, требуют более глубокого изучения. Было предложено рассмотреть в отношении таких документов три отдельные концепции, а именно: право собственности, авторское право и конфиденциальность.

34. Было выражено мнение, что концепция конфиденциальности деловой информации может вызвать ряд трудностей. Следует стимулировать стороны ясно указывать документы, конфиденциальность которых они хотели бы сохранить, степень конфиденциальности и продолжительность срока конфиденциальности. Было отмечено, что императивные правовые положения могут регулировать степень конфиденциальности деловой информации, а также обязывать стороны знакомить с содержанием документов государственные органы страны заказчика или подрядчика. Могут также возникнуть

трудности в отношении оговорки о конфиденциальности деловой информации в случае, если выполнение контракта прекращается или если заказчик на более поздней стадии желает нанять другого подрядчика с целью внести изменения в выполняемые работы или улучшить их качество, или если конфиденциальная документация должна быть использована в ходе судебного разбирательства между сторонами. Сторонам следует также рекомендовать обеспечивать потерпевшей стороне средства судебной защиты в случае нарушения конфиденциальности деловой информации.

35. Было согласовано, что после пересмотра текста данной главы следует еще раз проработать резюме с целью обеспечить соответствие между текстом и резюме.

ЗАВЕРШЕНИЕ, ПРИЕМКА И ПРИНЯТИЕ 16/

36. Было выражено мнение о необходимости изменить понятия завершение и приемка. Можно считать, что "завершение" происходит, когда подрядчик выполнил свои обязательства по строительству объекта и были успешно проведены пусконаладочные испытания. Понятие "приемка" может включать в себя одобрение заказчиком строительства объекта, даже если в некоторых случаях это одобрение только подразумевалось.

37. Было предложено сделать более согласованной терминологию этой главы и более четко определить последовательность таких этапов, как испытание, завершение, сдача и приемка. Было предложено перенести в эту главу рассмотрение вопроса о пусконаладочных испытаниях, который рассматривается в главе "Осмотр и испытания".

38. Было отмечено, что в практике строительства приемка объекта происходит обычно после его завершения, а принятие - после успешной опытно-промышленной эксплуатации объекта. Было предложено подготовить новую редакцию проекта этой главы, и в частности пункта I, чтобы в ней была отражена эта практика.

39. Был поднят вопрос относительно целесообразности проведения различия между приемкой и принятием. Большинство членов Рабочей группы подтвердило целесообразность проведения такого различия, поскольку приемка и принятие могут проводиться в различное время и иметь различные последствия.

40. Было предложено подготовить новую редакцию пункта 4 с целью уточнения того, что началом периода завершения строительства можно считать дату, когда все соответствующие операции, о которых говорится в этом пункте, завершены. Согласно другому предложению, подпункт (d) пункта 4 следует изменить таким образом, чтобы началом периода завершения строительства считать дату представления заказчиком подрядчику проекта, чертежей или описательной документации надлежащего качества.

41. Было выражено мнение, что в данном руководстве следует подчеркнуть важность определения сроков завершения работ и графика работ и что сторонам следует рекомендовать оговаривать такие вопросы в самом контракте, а не откладывать их решение до того момента, когда контракт уже заключен. Было внесено предложение о возможном наделении заказчика правом требовать от подрядчика ускорения строительства, если представляется, что он не укладывается в сроки. Предлагалось также предоставить заказчику возможность устанавливать промежуточные сроки завершения определенных работ для успешного хода строительства, но обязывать при этом подрядчика составлять график работ, соответствующий этим промежуточным срокам. Подрядчик должен нести ответственность только за задержку выполнения работ к этим срокам и за дополнительные убытки, понесенные заказчиком в результате такой задержки. В соответствии с другим предложением, срок завершения работ может быть оговорен каким-либо условием и в случае выполнения этого условия могут применяться правила, регулирующие продление сроков при освобождающих от обязательств задержках в осуществлении работ. Было предложено подробно обсудить метод определения продления сроков завершения работ, рассмотренный в пункте I4.

42. Было выражено мнение, что раздел B, 3, в котором рассматривается продление сроков завершения работ, следует исключить, поскольку ситуации, при которых может иметь место подобное продление сроков, рассматривались в других главах. Однако возобладала точка зрения, согласно которой целесообразно оставить эти пункты в данной главе, поскольку она может читаться независимо от других глав. Было предложено обсуждение графика работ (раздел B, 2) включить в другую главу.

43. Было предложено не ограничивать основания для продления сроков завершения работ, рассматриваемые в пункте I2 (b) административными правилами, установленными после заключения контракта. Было высказано мнение, что во всех случаях, описанных в пункте I2, подрядчику, если он того пожелает, следует автоматически предоставлять продление сроков завершения работ. Было также предложено опустить пункт I3 или привести его в соответствие с текстом главы "Заранее оцененные убытки и штрафные неустойки".

44. Было высказано мнение, что сторонам следует договориться о специальном механизме для облегчения быстрого урегулирования споров о сроках завершения работ и графике работ, а также споров о результатах эксплуатационных испытаний.

45. Согласно одной точке зрения, в данном руководстве должны рассматриваться последствия продления сроков работ для страхования, выплаты процентов по страхованию и затрат. Согласно другой точке зрения, такие вопросы не должны обсуждаться в этой главе; однако можно делать ссылку на главы, в которых рассматриваются эти вопросы.

46. Было выражено мнение, что в последнем предложении пункта I8 следует говорить не только о задержке, но также и о затратах, которые могут быть с ней связаны.

47. Было предложено предусмотреть в данном руководстве рекомендацию о подписании во время завершения строительства объекта акта, отражающего состояние объекта.

48. Были высказаны различные мнения относительно последствий задержки при проведении пусконаладочных испытаний, ответственность за которую несет заказчик. Согласно одной точке зрения, в таком случае завершение следует считать имеющим место и должен начаться гарантийный период. Согласно другой точке зрения, единственным последствием задержки должна быть обязательная компенсация заказчиком убытков, понесенных подрядчиком в результате задержки.

49. Было выражено мнение о необходимости согласования содержащейся в пункте I7 формулировки о том, что пусконаладочные испытания можно признать успешными даже в том случае, если обнаружено отсутствие отдельных элементов, с содержащейся в пункте 20 формулировкой о том, что эксплуатационные испытания могут быть признаны успешными, если на объекте не обнаружено серьезных дефектов. Было указано на нецелесообразность упоминания о том, что заказчик может распорядиться о проведении эксплуатационных испытаний до начала пусконаладочных испытаний.

50. Подчеркивалось важное значение формальностей, связанных с проведением пусконаладочных или эксплуатационных испытаний, а также необходимость выполнения таких формальностей в некоторых случаях. Предлагалось провести разграничение между участием в таких испытаниях инспектирующей организации, избранной сторонами, и осмотром, проводимым организацией по осуществлению надзора в соответствии с обязательными правовыми нормами, что является необходимым в некоторых странах перед пуском объекта в эксплуатацию.

51. Было отмечено, что на стадии проведения пусконаладочных или эксплуатационных испытаний следует потребовать от подрядчика предоставления некоторой документации (например, инструкций по эксплуатации и ремонту). Содержащаяся в пункте I9 формулировка "доказать любым другим способом" была признана слишком расплывчатой, и в руководстве необходимо попытаться предусмотреть другие возможные методы представления доказательства.

52. Было предложено, чтобы эта глава касалась вопроса предварительной приемки объекта. Было высказано мнение о том, что в данной главе следует указать на нежелательность предварительной приемки за исключением тех случаев, когда в договоре конкретно указано, когда она проводится и каковы ее последствия. Отмечалось, что на практике термин "предварительная приемка" зачастую используется вместо термина "принятие".

53. Были выражены различные мнения в отношении последствий непроведения эксплуатационных испытаний. Согласно одной точке зрения, непроведение их должно означать предполагаемую приемку. Согласно другой точке зрения, такие последствия должны быть в большей степени ограничены. Предлагалось предусмотреть в договоре срок, в течение которого должны быть проведены эксплуатационные испытания, а также предусмотреть последствия непроведения таких испытаний в течение этого периода.

54. Было выражено мнение о том, что следует определить в руководстве содержание акта приемки и что, возможно, целесообразно было бы включить в него примерную форму акта. Отмечалось, что, возможно, было бы полезно провести разграничение между односторонней приемкой, осуществляемой заказчиком в одностороннем порядке, и составлением обеими сторонами акта приемки, где может быть отражена договоренность сторон в отношении отсутствующих элементов, которые должны быть поставлены, или дефектов, которые должны быть устранены.

55. Было отмечено, что предполагаемая приемка может иметь место в некоторых случаях в дополнение к тем случаям, когда эксплуатационные испытания не могут быть проведены по причинам, ответственность за которые несет заказчик. Помимо последствий приемки, упомянутых в пунктах 29-3I, в руководстве, возможно, следует изложить последствия приемки, касающиеся таких вопросов, как гарантия эксплуатации, страхование и уплата цены. Предлагалось указать в пункте 3I, что гарантийный срок в отношении той или иной части объекта должен начинаться после приемки этой части покупателем.

56. Была достигнута договоренность о том, что в данной главе будут рассматриваться только вопросы принятия под контроль и управление завода во время строительства и по завершении объекта, а не принятия оборудования и материалов до того, как они станут частью объекта. Отмечалось, что термин "вступление во владение" в определении принятия может толковаться по-разному в различных правовых системах. Выражалось мнение о том, что можно использовать термины "физическое вступление во владение" или "контроль". В том, что касается поставки оборудования и материалов, рекомендовалось использовать терминологию Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, I980 год).

57. Было предложено дать новую редакцию пункта 36, чтобы избежать того толкования, что подрядчик обязан давать персоналу заказчика все необходимые для эксплуатации объекта инструкции. Было отмечено, что распределение издержек в течение периода опытной эксплуатации необязательно должно производиться в соответствии с принципом, указанным в пункте 36. Высказывалось мнение, что ответственность подрядчика в течение периода опытной эксплуатации может зависеть от того, входила ли в его обязанности подготовка персонала заказчика.

58. Было выражено мнение, согласно которому в заголовке раздела D, 1, c должно говориться о прекращении действия договора заказчиком в результате невыполнения подрядчиком своих обязательств. Предлагалось исключить из пункта 37 ссылку на концепцию о частичном прекращении действия договора. Предлагалось также рассмотреть последствия прекращения действия договора для гарантий в главе "Прекращение договора" либо в главе, посвященной гарантиям.

59. Было предложено дать новую редакцию пункта 38, с тем чтобы оговорить возможность принятия в том случае, если подрядчик предпочтет средство, упомянутое в данном пункте. Предлагалось также дать ссылку на главы "Неисполнение обязательств" и "Переход риска".

60. Было высказано мнение о том, что в случаях, когда непосредственно за приемкой следует принятие объекта под контроль и управление, необходимость в протоколе о принятии может отпасть. Было предложено также более широко рассмотреть вопрос о протоколе о принятии.

6I. Указывалось, что, поскольку пункты 40 и 4I не касаются принятия под контроль сооружения в ходе строительства или завершенных объектов, вопросы, обсуждаемые в данных пунктах, следует рассмотреть в других главах.

62. Были высказаны различные предложения об улучшении редакции данной главы. Была достигнута договоренность о том, что Рабочей группе следует срочно изучить пересмотренную главу и затем вновь проверить использованную терминологию.

РАСПРЕДЕЛЕНИЕ РИСКА УБЫТКОВ ИЛИ УЩЕРБА I7/

63. Было достигнуто согласие в отношении замены настоящего названия данной главы ("Распределение риска убытков или ущерба") заголовком "Переход риска". Было сделано замечание общего характера относительно того, как можно было бы улучшить текст проекта этой главы, и на рассмотрение секретариата были выдвинуты конкретные предложения об улучшении текста. Было выражено мнение, что в этой главе должны рассматриваться только убытки или ущерб в отношении оборудования, материалов, сооружения в ходе строительства и завершенных объектов, связанные с несчастными случаями или действиями третьих лиц, за которые не несет ответственности ни одна из сторон договора. Вместе с тем, было отмечено, что в этой главе были бы уместны ссылки на другие главы руководства, в которых рассматриваются убытки или ущерб в отношении оборудования, материалов, сооружения в ходе строительства или завершенных объектов, которые были нанесены одной из сторон договора или третьими лицами, за действия которых одна из сторон договора несет ответственность. Было высказано мнение, что в этой главе следует подчеркнуть, что кто бы ни нес ответственность за риск убытков или ущерба, он должен иметь право контролировать ситуацию, которая может привести к таким убыткам или ущербу.

64. Было предложено опустить первое предложение в пункте 3 раздела A ("Общие замечания"), чтобы вместо этого в пункте говорилось о том, что часто правила перехода риска во многих правовых системах составляются с учетом договора о купле-продаже, и в них отнюдь не всегда предусматриваются специфические проблемы, возникающие в связи с договорами о подрядных работах. Было также предложено упомянуть в разделе A, что в соответствии с рекомендациями, сделанными в этой главе, время перехода риска в том, что касается оборудования, материалов, сооружения в ходе его строительства или завершенных объектов, в некоторых случаях может и не совпадать со временем передачи собственности.

65. Было выражено мнение, что рассмотрение в этой главе связи между переходом риска и ответственностью за ненадлежащее выполнение обязательств по контракту не внесло ясности в этот вопрос, и поэтому его следует опустить. Вопросы, относящиеся к ответственности за ненадлежащее выполнение обязательств по контракту, должны рассматриваться в главе "Невыполнение обязательств".

66. Было сделано предложение о пересмотре пункта 8, с тем чтобы из него было ясно, что речь идет о переходе риска, а не о действии тех помех, которые освобождают какую-либо из сторон от ответственности. Различие, проведенное между этими вопросами в пункте 2, следует сформулировать более четко. Было также высказано мнение, что на практике стороны освобождают подрядчика от ответственности за риск убытков или ущерба не во всех случаях, упомянутых в пункте 8, и что поэтому этот пункт следует изменить соответствующим образом.

67. Было предложено включить в этот раздел пункт, касающийся взаимосвязи перехода риска и других связанных с ним вопросов, рассматриваемых в других главах, таких как страхование и передача собственности. Было также предложено рассмотреть возможность изменения порядка расположения в этом разделе некоторых пунктов с целью облегчения понимания текста.

68. Было выражено мнение, что в этой главе должна быть отмечена взаимосвязь между ответственностью за риск в отношении оборудования и материалов, поставляемых подрядчиком для использования в строительстве объектов (раздел B), и ответственностью за риск в отношении сооружения в ходе строительства и завершенных объектов (раздел D). Было отмечено, что следует пересмотреть вопрос об уместности присутствия персонала подрядчика на строительной площадке в момент поставки оборудования и материалов и перехода риска в отношении этого оборудования и материалов. Было отмечено, что иногда представляется трудным предусмотреть перенос риска в момент, когда можно проверить состояние оборудования и материалов, и было также отмечено, что на практике условия для переноса риска в момент завершения таможенных формальностей на границе страны, из которой экспортируется такое оборудование и материалы, встречаются не так часто.

69. Было предложено обратить особое внимание на необходимость разработки норм, регулирующих переход риска, для контрактов на строительство объектов, которые отличаются от норм контрактов на куплю-продажу, поскольку обязательства подрядчика в соответствии с контрактом на строительство объектов не ограничиваются лишь поставкой оборудования и материалов, но распространяются также на использование такого оборудования и материалов в целях строительства. Поэтому обычно подрядчик должен нести ответственность за риск убытков или ущерба, причиненного оборудованию и материалам.

70. Было признано целесообразным дать более точное определение понятия "использования" оборудования и материалов в ходе строительства объектов и, в частности, уточнить момент, когда начинается такое использование. Было также отмечено, что подход, изложенный в пункте 15 (a)-(c), предусматривающий переход риска в установленное время, и подход, о котором говорится в пункте 16, касающийся перехода риска в соответствии с Международными правилами толкования торговых терминов (ИНКОТЕРМЫ), по существу представляют собой не различные подходы, а различные методы выработки одного и того же подхода.

71. Были высказаны различные мнения относительно определения лиц, которые должны нести ответственность за риск нанесения убытка промышленному объекту или его повреждения при участии в строительстве нескольких подрядчиков. В соответствии с одним из мнений представляется целесообразным, чтобы каждый отдельный подрядчик нес ответственность за риск в отношении той части объекта, которую он сооружает. Согласно другому мнению, если даже часть промышленного объекта сооружается с использованием оборудования и материалов, поставляемых одним подрядчиком, а услуги предоставляются другим подрядчиком, такой подход нежелателен, и заказчик должен нести ответственность за риск. Было предложено рассматривать в большинстве случаев время принятия объекта в качестве времени перехода ответственности за риск, а не время его приемки.

72. Был поднят вопрос о целесообразности рассмотрения вопросов, обсуждаемых в разделе E ("Последствия ответственности за риск"), в другой главе. Однако большинство членов Рабочей группы высказалось за то, чтобы эти вопросы рассматривались в данной главе.

73. Был рассмотрен вопрос об обязательстве стороны, которая несет ответственность за риск, связанный с имуществом, в отношении урегулирования вопросов об убытках и ущербе, охватываемых таким риском. Было широко поддержано предложение о том, что подрядчик на основании требования заказчика должен урегулировать за счет заказчика вопрос об убытках или ущербе, нанесенном имуществу, в тех случаях, когда ответственность за риск таких убытков и ущерба несет заказчик. Однако были выражены сомнения относительно необходимости в таких случаях урегулирования заказчиком, в обязательном порядке, вопроса о таких убытках или ущербе, если он не обращался с соответствующей просьбой к подрядчику. В этой связи было указано на необходимость разъяснения термина "урегулировать". Было также предложено особо выделить обязательство заказчика оплатить стоимость утраченного или поврежденного имущества, за которое он несет риск. Было отмечено, что, хотя в разделе E обязательство подрядчика урегулировать вопрос об убытках или ущербе имущества, риск, в отношении которого несет заказчик, предлагалось ограничить гарантийным периодом, возможно также применение другого подхода, в соответствии с которым такое обязательство прекращается после приемки или принятия объекта под контроль и управление заказчиком.

74. Было предложено не проводить различия в отношении периода времени, в течение которого должен быть урегулирован вопрос о нанесенном ущербе или убытках между стороной, которая несет риск, и другой стороной. Независимо от того, какая из сторон по договору обязана компенсировать убытки или ущерб, она обязана сделать это в максимально короткие сроки. Предлагалось также сделать ссылку на право пользоваться поврежденным, но пригодным к эксплуатации оборудованием, пока оно не будет отремонтировано или заменено.

75. Было предложено исключить последние два предложения из пункта 25, поскольку затрагиваемый в них вопрос не имеет непосредственного отношения к переходу риска.

ВОЗМЕЩЕНИЕ УЩЕРБА [18/]

76. Было предложено обсудить в рамках этой главы вопрос взаимозависимости между убытками и такими средствами их компенсации, как заранее оцененные убытки и штрафные неустойки и другие виды возмещения, подлежащие выплате одной из сторон. В ходе обсуждения следует обратить внимание на наличие подобных средств компенсации в случаях нарушения контракта, а также в случае отсутствия такого нарушения.

77. Было предложено рассмотреть в данной главе виды ущерба, которые стороны должны учитывать при составлении положений контракта, касающихся убытков. Были высказаны различные мнения в отношении видов ущерба, подлежащих компенсации через возмещение убытков. Согласно одному из мнений, компенсации подлежат только виды ущерба, оговоренные в контракте. Было предложено исключить из первого предложения пункта 5 слово "все". Согласно другому мнению, в контракте должны быть оговорены все виды ущерба, подлежащие компенсации через возмещение убытков, за исключением некоторых конкретно указанных в контракте убытков. Было предложено включить в руководство указание о том, что пострадавшая сторона может не получить разумную компенсацию, если в контракте содержится слишком много положений, ограничивающих право на возмещение убытков. Было отмечено, что размеры убытков, ответственность за которые по контракту возлагается на подрядчика, могут повлиять на стоимость контракта. В руководстве было предложено обратить внимание сторон на то, что при составлении положений контракта, касающихся убытков, они должны учитывать положения национальных законодательств, касающихся компенсации убытков. Было высказано предложение, в соответствии с которым стороны в качестве одного из возможных подходов могут воспользоваться такими положениями национальных законодательств, за исключением случаев, когда такие положения неприменимы для заключаемого контракта. В этом случае в контракте могут быть зафиксированы различные нормы, кроме случаев, когда применение норм национального законодательства является императивным.

78. Широкую поддержку нашел принцип, в соответствии с которым сторона, не выполнившая обязательство, вытекающее из положения данного контракта, несет ответственность за понесенные убытки, за исключением случаев, когда такое невыполнение вызвано освобождающим от ответственности обстоятельством. Было выражено мнение о возможном достижении договоренности между сторонами о тех случаях, когда убытки не подлежат возмещению. Однако было указано на возможность разработки такого договорного положения лишь в самых общих чертах. Было решено опустить иллюстративное положение, содержащееся в сноске 2.

79. Были обсуждены различные взгляды на ситуацию, в которой потерпевшей стороне надлежит выплатить компенсацию третьей стороне в связи с нарушением контракта другой стороной. Было достигнуто согласие относительно снятия пункта 7.

80. Было отмечено, что сокращение потерпевшей стороной своих убытков могло бы быть урегулировано обязательными нормами внутригосударственного права. Было предложено, чтобы такое сокращение убытков рассматривалось в качестве обязательства потерпевшей стороны, а не в качестве лимитирования убытков. Однако было также высказано предположение, что определение вида убытков, подлежащих возмещению путем компенсации ущерба, рассмотренное в пунктах 5-8, могло бы иметь следствием лимитирование убытков и что эту главу следует соответственно пересмотреть. Кроме того, было предложено изменить пункт II и сноску 3 таким образом, чтобы избежать такого ее толкования, согласно которому все убытки стороны, принявшей меры в направлении их сокращения, подлежат возмещению путем компенсации ущерба.

81. Был поднят вопрос, охватываются ли концепцией непредвиденности убытков типы или размер таких убытков. Были обсуждены различные взгляды на то, какой момент следует считать подходящим для определения предсказуемости убытков. Было высказано мнение, что сторонам контракта следует ознакомиться с такими взглядами, для чего их необходимо включить в данное руководство. Было высказано предположение, что стороны могли бы условиться информировать друг друга об изменениях в обстоятельствах, влияющих на размеры убытков в случае нарушения контракта. Было отмечено, что если считать моментом, когда было возможно предвидеть убытки, момент нарушения контракта, то могут возникнуть трудности в определении момента такого нарушения контракта в иных случаях, нежели задержка выполнения обязательства.

82. Были выражены различные мнения относительно косвенных или последующих убытков. Было подчеркнуто, что концепции таких убытков в различных правовых системах расходятся. Было предложено снять два последних предложения в пункте I4. Было также предложено включить в данное руководство иллюстративное положение, содержащее примеры косвенных или последующих убытков.

83. Было отмечено, что в большинстве контрактов на строительство объектов размер убытков, подлежащих возмещению той или иной стороне в случае нарушения положений контракта другой стороной, ограничен и что такая практика должна найти отражение в пункте I5 или в разделе, касающемся общих замечаний. Было отмечено, что в соответствии с внутригосударственными и международными правовыми нормами ответственность перевозчика груза ограничивается его стоимостью. Было предложено рекомендовать сторонам принять такие правила во внимание при составлении проекта положений контракта по ограничению возмещения ущерба. Было также отмечено, что на практике объем возмещаемого ущерба иногда ограничивается суммой, полученной от страховой компании, или такой суммой плюс доля цены товара; и было достигнуто согласие относительно того, что эти подходы должны быть доведены до сведения сторон путем включения их в данное руководство.

84. Было предложено рассмотреть в последнем разделе данной главы, касающейся телесных повреждений и ущерба собственности третьих лиц, вопрос о договорной ответственности за такие повреждения и ущерб. Вместе с тем было отмечено, что в некоторых правовых системах императивные нормы права могут ограничивать внутреннее распределение ответственности за такие повреждения и ущерб между сторонами в контракте. Было указано, что, хотя положения контракта и не могут ограничивать ответственность подрядчика или заказчика в отношении выплаты компенсации третьим лицам за такие повреждения или ущерб, в рамках некоторых правовых систем третьи лица могут получить выгоду в силу договорных положений, расширяющих их права на получение такой компенсации. Было внесено предложение, согласно которому в данном руководстве следует рассмотреть вопрос о совместной или раздельной ответственности подрядчика и заказчика за телесные повреждения и ущерб, причиненный собственности третьих лиц. Было предложено ограничить требование, содержащееся в пункте I8, согласно которому заказчик должен известить подрядчика об иске третьей стороны, случаями, когда заказчик намеревается привлечь подрядчика к участию в переговорах или судебных разбирательствах, касающихся такого иска.

ОГОВОРКИ О ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫХ УБЫТКАХ И ШТРАФНЫХ НЕУСТОЙКАХ I9/

85. В начале главы предлагалось обратить внимание на тот факт, что многие юридические системы содержат императивные нормы, регулирующие оговорки о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках, и что в связи с этим выбор правовой нормы, регулирующей выполнение контракта, имеет весьма важное значение с точки зрения подобных оговорок.

86. Было высказано мнение, что необходимо изучить взаимосвязь между главой руководства о возмещении убытков и данной главой. Отмечалось, что в обеих главах рассматривается вопрос о выплате компенсации в случае невыполнения обязательства и что проблема ограничения ответственности относится к обеим главам. В этой связи предлагалось включить в руководство раздел, содержащий анализ характера взаимосвязи между возмещением убытков и заранее оцененными убытками и штрафными неустойками, а также соответствующий акцент, который стороны могут пожелать сделать на эти средства возмещения ущерба.

87. Высказывалось мнение, что выплата вознаграждения является эффективным средством стимулирования выполнения обязательств и что в этой главе должна содержаться ссылка на главу, включающую оговорки, предусматривающие выплату вознаграждения.

88. Отмечалось, что в некоторых правовых системах под термином "штрафная неустойка" подразумевается согласованная сумма, подлежащая выплате в случае невыполнения стороной обязательства, что преследовало цель принудить эту сторону к выполнению, в то время как в других правовых системах этот термин употребляется в более широком значении, и предполагает согласованные суммы, имеющие чисто компенсационный характер. Каждый раз, когда этот термин используется в руководстве, следует ясно указывать значение, в котором он употребляется.

89. Было указано, что на практике иногда используются временные оговорки относительно заранее оцененных убытков и что это явление должно найти отражение в руководстве. В соответствии с такой оговоркой согласованная сумма подлежит выплате стороной в связи с невыполнением обязательств. Однако такой оговоркой также предусматривается, что, даже если невыполнение обязательства имело место и выплата суммы была произведена, эта сумма подлежит возвращению уплатившей ее стороне, если этой стороне впоследствии удалось предотвратить ущерб, вызванный таким невыполнением обязательства.

90. Было высказано мнение о том, что необходимо внести полную ясность в цель оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках, указанную в пункте 2(b) данной главы.

91. Было подчеркнуто, что в руководстве следует сконцентрировать внимание на его основной цели - оказании помощи сторонам в разработке проекта контракта. В соответствии с этим, обращая внимание сторон на различия норм в правовых системах относительно оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках, которые они должны учитывать при разработке проектов таких оговорок, нет необходимости в доказательстве в руководстве правомерности этих норм. Нежелательно также ссылаться в нем на обычные правила толкования, так как правила толкования в различных законодательных системах могут сильно отличаться. В связи с этим было выражено мнение о том, что в руководстве не следует указывать, что, если согласованная сумма выплачена в результате некачественного выполнения работ, а не в связи с задержкой, то заказчик может потребовать как согласованную сумму, так и выполнения обязательства, что не допускается в некоторых правовых системах.

92. Было выражено широкое согласие с положением в главе о том, что в соответствии со многими правовыми системами необходимым условием для выплаты заранее оцененных убытков и штрафных неустоек является не только конкретный факт неисполнения обязательства, но также и предусмотренная ответственность за такое невыполнение. Было высказано общее мнение, что оговорка о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках, которая может предусматривать выплату подрядчиком заранее оцененных убытков и штрафных неустоек, даже если неисполнение обязательства подрядчиком произошло по вине заказчика, безусловно оказалась бы несправедливой и неприемлемой. Одновременно были выражены различные точки зрения в отношении возможного положения в руководстве о том, что стороны могут пожелать предусмотреть обязательную выплату заранее оцененных убытков или штрафных неустоек подрядчиком, даже если неисполнение им обязательства было вызвано обстоятельством, освобождающим от ответственности. В соответствии с одной из высказанных точек зрения такое положение на практике не встречается и было бы несправедливым по отношению к подрядчику. В соответствии с другой точкой зрения примеры таких положений встречаются на практике, и они не могут быть несправедливыми в случае определенных видов обстоятельств, освобождающих от ответственности. Более того, поскольку рассматриваемый вопрос касается того, какая из двух невиновных сторон должна нести ответственность за ущерб, вызванный обстоятельствами, освобождающими от ответственности, стороны должны иметь право возложить такой риск на ту или иную сторону. Было достигнуто согласие о целесообразности указать в руководстве, что в исключительных случаях можно найти положения, в соответствии с которыми сторона обязана выплатить заранее оцененные убытки или штрафные неустойки, хотя в иных случаях она не несет ответственности за последствия неисполнения обязательств.

93. Было выдвинуто предложение о том, что раздел C ("Повышение эффективности оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках") указанной главы следовало бы озаглавить "Пути повышения эффективности оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках". Было предложено также внести бóльшую ясность в пункт 9.

94. Что касается раздела D ("Установление потолка возмещаемой суммы"), то было принято решение, что в контексте оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках термин "установление потолка" может оказаться многозначным и что следует попытаться найти более четкую формулировку. Что касается пункта 4, то было высказано замечание о том, что в нем идет речь о двух подходах к ограничению возмещаемой суммы и что необходимо проводить разграничение между этими подходами. Первый подход заключается в том, что в контракте следует предусмотреть, что если заранее оцененные убытки и штрафные неустойки определяются путем приращений (например, путем установления суммы, подлежащей выплате за каждый вид невыполненных работ) и устанавливается потолок, выше которого эта установленная сумма не может повышаться, то более высокая компенсация невозможна после достижения такого потолка. Другой подход заключается в том, что, хотя после достижения потолка, дальнейшее увеличение заранее оцененных убытков или штрафных неустоек невозможно, заказчик после использования упомянутого потолка может доказать, что он понес дополнительные убытки, и получить за них компенсацию.

95. Было отмечено, что раздел E ("Получение согласованной суммы") предполагает возможность формулирования договорных положений, в соответствии с которыми заказчик может взыскать заранее оцененные убытки или штрафные неустойки с подрядчика путем вычета из сумм, причитающихся подрядчику. Отмечалось, что в некоторых правовых системах и в некоторых странах вопрос о таких вычетах регулируется императивными нормами и другими требованиями. Отмечалось также, что нормы, существующие в некоторых правовых системах, таковы, что не обеспечивают возможность использования положений о вычетах предлагаемого типа. Например, суд может в обязательном порядке уменьшить согласованную сумму в качестве штрафной неустойки таким образом, что вычеты из согласованной суммы позднее окажутся признаны недействительными в случае уменьшения судом согласованной суммы. С другой стороны, отмечалось, что положения, касающиеся вычетов, являются действенными в других правовых системах. Было решено, что внимание сторон должно быть обращено на необходимость согласования положений о вычетах с соответствующими нормами права и другими требованиями.

96. Было отмечено, что даже в тех случаях, когда положения о вычетах являются действенными в соответствии с применимым правом в руководстве следует охарактеризовать такие положения в качестве возможного подхода. Отмечалось также, что следует рассмотреть вопрос о целесообразности перенесения в другую главу (а именно, в главу "Обеспечение выполнения обязательств") описания метода, упомянутого в разделе E, о повышении степени уверенности в получении согласованной суммы через открытие гарантии.

97. Было выражено мнение, что возможность, о которой говорится в пункте I6, а именно, что дата, с которой должен начинаться отсчет отсрочки, может считаться недействительной в силу определенных обстоятельств, и последствия использования такой возможности (а именно, невозможность использования оговорки о заранее оцененных убытках или штрафных неустойках в случае задержки) требуют дальнейшего уточнения. Отмечалось также, что, как указано в пункте I6, в то время как подрядчик в подобных обстоятельствах в соответствии с некоторыми правовыми системами обязан выполнить обязательство в течение разумного периода времени, это является необязательным в соответствии с другими правовыми системами.

98. Было выражено мнение, что раздел G ("Прекращение действия контракта и оговорки о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках") должен быть ограничен и содержать лишь рекомендации в отношении составления проекта положения, регулирующего влияние прекращения действия контракта на положения о заранее оцененных убытках или штрафных неустойках, и что такие вопросы, как право на возмещение убытков после прекращения действия контракта, должны рассматриваться в главе руководства "Прекращение действия контракта". Было также предложено переработать терминологию и структуру данного раздела в сторону их упрощения.

99. Была достигнута договоренность о том, что эта глава должна не только привлекать внимание сторон к "Единообразным правилам, касающимся договорных условий о согласованной сумме", причитающейся в случае неисполнения обязательства", принятым Комиссией на ее шестнадцатой сессии 20/, но и указывать, что эти правила могут использоваться как основа для разрешения трудных спорных вопросов, которые зачастую возникают в процессе разработки оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках.

СТРАХОВАНИЕ 21/

100. Было выражено мнение о том, что данная глава должна отражать бóльшую степень сбалансированности в вопросе обеспечения страхования соответственно подрядчиком и заказчиком. Кроме того, указывалось, что ввиду большого разнообразия контрактов, в отношении которых будет применяться правовое руководство, в ней не следует излагать способы разрешения конкретных проблем страхования в договоре; в этой главе скорее следует обратить внимание сторон на возможные подходы, которые они могут рассмотреть применительно к решению таких проблем.

101. Было предложено отразить в руководстве различные виды рисков, зачастую возникающих в связи со строительством промышленных объектов. Было выражено мнение о необходимости рекомендовать сторонам ознакомиться со всеми имеющимися видами страхования и рисками, от которых можно застраховаться, а также с рисками, которые, как правило, исключаются из сферы страхования. Были высказаны мнения о возможности включения в руководство иллюстративных положений, касающихся обеспечения страхования. Кроме того, было выражено мнение о необходимости доведения до сведения сторон невозможности обеспечения страхования от всех рисков и того обстоятельства, что стоимость страхования от некоторых видов рисков может быть слишком высокой в связи с масштабом таких рисков. Было выражено мнение о необходимости рекомендовать сторонам рассмотреть вопрос о том, кто несет ответственность за риски, которые не могут быть охвачены страхованием. Предлагалось также указать в данной главе на некоторые причины заинтересованности заказчика в том, чтобы подрядчик был застрахован от рисков, которые должен нести подрядчик, но страхование которых так или иначе в конечном счете подлежит оплате заказчиком.

102. Предлагалось указать заказчику на желательность получения, до проведения торгов, консультаций международного страхового маклера или консультанта по обеспечению страхования от рисков относительно имеющегося на рынке вида страхования и вида страхования, необходимого для данного контракта. Предлагалось также рекомендовать заказчику рассмотреть вопрос о возможности сокращения расходов с его стороны в случае обеспечения им самим некоторых видов страхования, не требуя этого от подрядчика. Кроме того, по мнению других, в главе можно отразить возможности самострахования и частичного самострахования со стороны подрядчика, случаи страхования от рисков политического характера и страхования от рисков, связанных с действиями в отсутствие сторон. По мнению других, однако, подобные возможности не следует обсуждать в данной главе.

103. Было выражено мнение о том, что в руководстве следует указать на желательность именовать в страховых полисах подрядчика и заказчика застрахованными сторонами во избежание трудностей и издержек, связанных с заменой страховщика другой, неназванной стороной. Предлагалось рассмотреть в руководстве причины, на основании которых заказчик может быть заинтересован в том, чтобы в контракте содержалось требование о страховании от рисков и ответственности, которые несет подрядчик.

104. Было выражено мнение о необходимости включения в руководство рекомендации относительно получения страховки от страховщика, располагающего финансовыми возможностями для страхования от рисков и приемлемого для обеих сторон. В соответствии с другим мнением, в руководстве следует отразить преимущества и недостатки получения максимальной суммы страховки от одного страховщика по сравнению с несколькими. Далее было выражено мнение о желательности указания в данной главе средств для корректирования суммы предоставляемой страховки с учетом инфляции. Затем было указано на необходимость рекомендовать сторонам требовать выплаты страховых сумм в свободно конвертируемой или любой другой конкретной валюте (например, валюте, в которой выражена цена контракта).

105. В отношении страхования завершенных объектов было выражено мнение о необходимости рекомендовать сторонам рассмотреть вопрос о том, следует ли требовать обеспечения такого вида страхования на весь период гарантии. Согласно одному мнению, при участии в строительстве нескольких подрядчиков целесообразно страхование каждым подрядчиком соответствующей части предприятия в ходе строительства и завершенных объектов, за которые он несет ответственность. Согласно другому мнению, нельзя обязывать одного из нескольких подрядчиков обеспечивать страхование предприятий и объектов в целом, если он лишь координирует строительство, осуществляемое другими подрядчиками.

106. В отношении страхования оборудования и материалов, которые будут использованы на объектах, было выражено мнение о том, что заказчик не должен требовать вступления в силу такого вида страхования до момента их доставки. Отмечалось также, что на практике страхование оборудования и материалов в процессе их перевозки на площадку обеспечивается по отдельному страховому полису на перевозку. При возникновении разногласий в отношении того, был ли причинен ущерб или нанесено повреждение оборудованию или материалам в ходе перевозки или на любом другом этапе, в соответствии с существующей практикой страховщики, обеспечивающие страхование

на эти периоды, несут равную ответственность за возмещение убытков или ущерба. Далее было предложено, чтобы в данной главе каждой стороне рекомендовалось оформить страхование от ущерба или повреждения оборудования и материалов, за которые она приняла на себя риск, связанный с таким повреждением или ущербом.

107. В отношении страхования оборудования и инструментов подрядчика было выражено мнение о том, что такое страхование, как правило, представляет интерес лишь для подрядчика. Было предложено рекомендовать сторонам рассмотреть вопрос о необходимости включения в контракт требования о таком страховании; в случае его необходимости оплата его должна быть возложена на подрядчика. Кроме того, было предложено отразить в руководстве трудности, которые могут возникнуть в случае, если иностранному подрядчику придется получать возмещение по такой страховке от страховщика в стране заказчика.

108. В отношении страхования ответственности было предложено указать в руководстве конкретные периоды времени, в течение которого действительно такое страхование различных видов. В этой связи было выражено мнение о том, что период охвата страхования ответственности за качество продукции должен соответствовать периоду, ограниченному или предписываемому нормами применимого права.

109. Было также предложено указать сторонам на то, что подрядчик, выполнивший проект и строительство объекта, может быть лишен возможности страхования профессиональной ответственности.

110. Было выражено мнение о том, что в данной главе следует отразить целесообразность или необходимость для каждой из сторон обеспечить страхование для выплаты компенсации рабочим в связи с производственными травмами. Согласно другому мнению, сторонам следует рекомендовать требовать оформления такого страхования, особенно в отношении рабочих из страны, где ведется строительство объекта.

111. В отношении доказательства страхования было выражено мнение, что в контракте следует указать срок, к которому такое доказательство должно быть представлено заказчику подрядчиком. Согласно другому мнению, в контракте также должно вменяться в обязанность заказчика предоставление подрядчику доказательства страхования, которое должно быть оформлено заказчиком. Предлагалось предусмотреть в контракте возможность предоставления разрешения одной стороне получить доказательство страхования от страховщика, обеспечивающего страхование другой стороны. Кроме того, предлагалось, чтобы в контракте вменялось в обязанность любой из сторон распорядиться о том, чтобы страховщик, от которого он получил страховку, известил другую сторону о невыплате страховой премии.

112. Согласно одной точке зрения, заказчик должен иметь возможность прекратить действие контракта, если подрядчик не обеспечит страхование, которое он обязан оформить. Согласно другой точке зрения, действие контракта в этом случае не прекращается, а средством правовой защиты заказчика должно быть предъявление иска о возмещении ущерба, понесенного им в результате такого необеспечения страхования.

113. Было выражено мнение о том, что, если, согласно контракту, заказчик имеет право оформить за счет подрядчика страхование, которое обязан был обеспечить подрядчик, но не сделал этого, контракт должен вменять в обязанность заказчику заблаговременно известить подрядчика о его намерении оформить такое страхование. Согласно другому мнению, подрядчик должен нести ответственность за возмещение издержек, которые понес заказчик в связи с получением такого страхования, лишь в разумных пределах.

СУБПОДРЯДЫ 22/

114. Было предложено включить в данную главу рекомендацию о том, чтобы при ведении переговоров и составлении контрактов на строительство промышленных объектов стороны уделили особое внимание положениям о субподрядах, поскольку неправильный подход к этому вопросу впоследствии может создать проблемы в области строительства и качества работ. Было выражено мнение, что необходимо внести ясность в термин "выполнение работ по субподрядам", используемый в данной главе, с тем чтобы провести разграничение между теми экономическими единицами, которые охватываются этим термином и которые не охватываются им. Например,следует отличать субподрядчиков от поставщиков.

II5. Был обсужден вопрос наличия правовой связи между заказчиком и субподрядчиком. Согласно одной точке зрения, между этими двумя сторонами не должно быть никакой правовой связи. Согласно другой точке зрения, такой подход слишком категоричен. В поддержку последней точки зрения было заявлено, что в рамках ряда правовых систем между заказчиком и субподрядчиком может существовать правовая связь в отношении ряда конкретных вопросов. Например, заказчик может предъявить иск непосредственно субподрядчику за нарушение тех или иных обязательств. В рамках других правовых систем существует трехсторонняя связь между подрядчиком, заказчиком и субподрядчиком. Правовая связь между заказчиком и субподрядчиком может возникать также в ряде случаев в силу некоторых положений контракта, как, например, положений, позволяющих заказчику выбирать или участвовать в выборе судподрядчика, положений, позволяющих заказчику предъявлять иск непосредственно подрядчику и, положений, позволяющих заказчику производить выплаты непосредственно субподрядчику.

II6. Были выражены точки зрения, касающиеся ответственности подрядчика перед заказчиком за действия или бездействие субподрядчика. Было предложено обратить внимание сторон на различные подходы в решении данного спорного вопроса. Согласно одному подходу, подрядчик несет полную ответственность перед заказчиком за действия или бездействие субподрядчика. Согласно другому подходу, объем ответственности подрядчика перед заказчиком за действия или бездействие субподрядчика должен быть сокращен или вообще ответственность снята, если подрядчик не выбирал субподрядчика по своему усмотрению.

II7. Было выражено мнение, что в контракте должна предусматриваться возможность прямого обмена сообщениями между субподрядчиком и заказчиком лишь по вопросам технического характера или по вопросам, относящимся к проектированию или качеству работ. Согласно другому мнению, урегулирование таких вопросов между заказчиком и субподрядчиком должно иметь силу только в том случае, если оно не затрагивает обязательств подрядчика, которые не должны выполняться субподрядчиком. Кроме того, в соответствии с этой точкой зрения подрядчик освобождается от ответственности за действия, предпринятые во исполнение сообщений, не предусмотренных контрактом. Было предложено предоставить подрядчику право присутствовать при обсуждении спорных вопросов заказчиком и субподрядчиком, и контракт должен обязывать заказчика ставить подрядчика в известность о любом обмене сообщениями между заказчиком и субподрядчиком. Было также предложено включить в данную главу указание на необходимость для субподрядчика получать в определенных ситуациях информацию от заказчика.

II8. Было выражено мнение о том, что в данной главе должны рассматриваться вопросы, касающиеся замены одного субподрядчика другим, консорциумов, являющихся субподрядчиками, а также суб-субподрядов. Было предложено включить пункт 3 иллюстративного положения I в общее положение о компенсации убытков заказчика подрядчиком.

II9. Что касается права подрядчика на заключение субподрядных договоров, то были предложены различные подходы для включения в данную главу. В соответствии с одним из этих подходов подрядчику должно быть предоставлено право свободно заключать субподрядные договоры. В соответствии с другим подходом следует ограничить право подрядчика заключать субподрядные договоры, и в этом отношении следует учесть положения пунктов 7 и 8 данной главы. Высказывалось мнение о том, что подрядчику не следует предоставлять право заключать субподрядные договоры на производство значительной части работ. Было отмечено, что в контракте, возможно, будет трудно указать, какие обязательства подрядчика не могут быть выполнены субподрядчиками. Предлагалось, что в связи с этим было бы целесообразно включить в контракт условия, запрещающие заключение субподрядных договоров на выполнение обязательств подрядчика, за исключением тех его обязательств, в отношении которых в контракте специально оговорено разрешение заключать субподрядные договоры. Было также указано, что на практике нередко запрещается заключение субподрядных договоров на проведение работ, связанных с выполнением обязательств, касающихся проектирования.

I20. Были рассмотрены вопросы выбора субподрядчиков. Было предложено более четко определить три подхода к этой проблеме, о которых говорится в данной главе. Было также предложено рассмотреть в данной главе все три таких подхода и указать сильные и слабые стороны каждого из них.

I2I. Было выражено мнение, что сторонам следует рекомендовать во всех случаях, где это возможно, поименно указывать субподрядчиков в контракте на строительство объекта. Было также выражено мнение, что сторонам следует указать на нежелательность того, чтобы в контракте предусматривалась возможность выбора субподрядчиков подрядчиком при условии одобрения такого выбора заказчиком после заключения контракта. В соответствии с этой точкой зрения такой подход в контрактах на строительство объектов является рискованным, поскольку в случае, если заказчик возражает против какого-либо субподрядчика, предложить другую кандидатуру субподрядчика может оказаться невозможным. Более того, такой подход может привести к приостановлению

работ. В рамках такого подхода отмечалось, что если заказчик определяет выбор субподрядчиков, то он должен нести любые дополнительные расходы, связанные с такой практикой.

122. Было предложено в случаях, когда субподрядчик должен выбираться подрядчиком с одобрения заказчика после заключения контракта, возложить на подрядчика обязательство предоставить заказчику копию субподрядного договора вместе с любой другой информацией, касающейся предлагаемого субподряда, которая может потребоваться заказчику. Вместе с тем было отмечено, что для подрядчика не всегда возможно сообщить заказчику цену субподряда.

123. Предлагалось также, чтобы в случаях, упомянутых в предыдущем пункте, подрядчик консультировался с заказчиком, чтобы узнать его мнение, и, при условии его согласия, обеспечивал упомянутые материалы.

124. Было отмечено, что упомянутые в пункте II обстоятельства, приводящие к заинтересованности заказчика в выборе субподрядчика, существуют всегда, даже в случаях, когда заказчик не участвует в выборе субподрядчика. Кроме того, эти обстоятельства применимы также в отношении подрядчика.

125. Было предложено подчеркнуть в данной главе важность сотрудничества и обмена сообщениями между сторонами независимо от выбранного подхода в отношении выбора субподрядчиков. Предлагалось включать условия основного контракта в условия субподрядного договора, с тем чтобы обеспечить выполнение субподрядчиком требований основного контракта. Указывалось также, что сторонам следует рекомендовать предусмотреть механизм оперативного урегулирования споров, касающихся выбора субподрядчиков.

126. Было решено рассмотреть в данной главе вопросы системы назначения в качестве одного из механизмов, который стороны могут предусмотреть для выбора субподрядчиков. Вместе с тем не следует поощрять применение такой системы назначения, и следует отметить опасности, связанные с ее применением. Например, указывалось, что в некоторых правовых системах в определенных случаях назначенный субподрядчик, с которым вел переговоры заказчик, может иметь возможность ссылаться на наличие соглашения, заключенного между заказчиком и субподрядчиком. В этом случае ответственность по субподрядному договору может быть возложена на заказчика, если назначенный субподрядчик не был нанят подрядчиком. Кроме того, на заказчика может быть возложена ответственность за убытки или ущерб, понесенные в результате несоответствующего исполнения обязательств назначенным субподрядчиком. Согласно еще одному мнению, система назначения является удовлетворительной до тех пор, пока подрядчику предоставляется право возражать против субподрядчика, назначенного заказчиком. Подчеркивались соображения, приведенные в пункте 24, включая тот факт, что в соответствии с требованиями национального законодательства иногда должны использоваться местные субподрядчики.

127. В отношении оснований для предоставления подрядчику права возражать против субподрядчика, назначенного заказчиком было предложено, помимо оснований, рассматриваемых в пункте 22, упомянуть о том, что в соответствии с торговой политикой его страны подрядчик может иметь право заключать субподрядные договоры только с субподрядчиками из определенных стран. Было также указано, что следует предоставить подрядчику право возражать против назначенного субподрядчика, если последний не обладает достаточной квалификацией для выполнения работ или не способен полностью возместить подрядчику убытки или ущерб, понесенные из-за действия или упущений субподрядчика. В качестве одного из возможных методов рассмотрения основания, о котором говорится в пункте 22 (а) (то есть если субподрядчик не взял на себя по отношению к подрядчику обязательство и ответственность в том же объеме и степени, в каких они возложены на подрядчика по отношению к заказчику), было выражено мнение, что убытки, выплачиваемые подрядчиком заказчику, могут ограничиваться убытками, которые подрядчик может взыскать с назначенного субподрядчика. Вместе с тем, согласно другому мнению, такой метод не является удовлетворительным: с его помощью невозможно разрешить такую ситуацию, когда подрядчик несет ответственность перед третьим лицом за действия или упущения субподрядчика, а субподрядчик не в полной мере компенсирует подрядчику убытки, связанные с такой ответственностью. В этом случае ответственность подрядчика перед третьим лицом не может быть уменьшена контрактом на строительство объекта.

128. Было выражено мнение, что ответственность подрядчика за действие или бездействие назначенного субподрядчика, указанного в пункте 24, является одним из тех моментов, которые должны быть отражены в данной главе. Согласно другому мнению, однако, хотя такой подход можно отразить в главе, одобрять его не следует. Предлагалось также рассмотреть в этой главе подход, в соответствии с которым ответственность за действие или бездействие назначенного субподрядчика несет заказчик. Было также выражено мнение, что, если подрядчик, не имея на то оправданных оснований, не нанимает назначенного субподрядчика, он должен нести ответственность перед заказчиком за любой связанный с этим ущерб.

129. Были выражены различные мнения в отношении ответственности подрядчика в случае прекращения назначенным субподрядчиком работ по субподрядному договору или в случае прекращения субподрядного договора. Согласно одной точке зрения, ущерб и издержки, связанные с приостановлением работ и наймом нового субподрядчика, должны быть возложены на заказчика в тех случаях, когда это произошло не по вине подрядчика. Соответственно, предлагалось исключить из пункта 25 два последних предложения. Согласно другой точке зрения, однако, решение этого вопроса, изложенное в данных предложениях, носит удовлетворительный характер при наличии согласия сторон.

130. Предлагалось указать в данной главе, что одним из возможных средств разрешения проблем, связанных с системой назначения субподрядчика, может быть предоставление заказчику, по его желанию, возможности для самостоятельного найма субподрядчика.

131. Предлагались различные подходы относительно обеспечения заказчику возможности возбуждать иск непосредственно против субподрядчика в отношении определенных вопросов, например в случае нарушения им обязательств сохранять конфиденциальность проекта или обязательств о гарантиях. В соответствии с одним подходом гарантийные обязательства налагаются на субподрядчика на основании субподрядного договора; в соответствии с другим подходом подрядчик может передать заказчику все свои гарантийные права для возбуждения иска против субподрядчика, и в этом случае подрядчик больше не несет ответственности перед заказчиком. Аналогичные обязательства налагаются на подрядчика в соответствии с контрактом на производство работ. В некоторых правовых системах заказчик впоследствии получает возможность возбудить иск против субподрядчика от имени подрядчика за нарушение таких обязательств. В соответствии с другим подходом заказчик, подрядчик или субподрядчик становятся сторонами трехстороннего соглашения, содержащего такие обязательства. В соответствии с третьим подходом вопрос о возбуждении заказчиком иска непосредственно против субподрядчика регулируется нормами права конкретной страны.

132. В отношении случаев, когда непосредственная оплата заказчиком услуг субподрядчика может быть оправданной, предлагалось предусмотреть в контракте, в качестве условия получения промежуточных платежей от заказчика, обязанность подрядчика предоставлять заказчику доказательство того, что предыдущие платежи, сделанные заказчиком подрядчику за работы в рамках субподрядного договора, были отнесены на счет субподрядчика. При отсутствии такого доказательства или удовлетворительного объяснения причин неуплаты субподрядчику из ранее сделанных платежей, заказчик может непосредственно оплатить работу субподрядчика и вычесть сумму таких выплат из суммы платежей, причитающихся подрядчику. Отмечалось, однако, что предоставление заказчику возможности непосредственно оплатить работу субподрядчика или вычесть сумму таких выплат из суммы платежей, причитающихся подрядчику, может неблагоприятно сказаться на отношениях между заказчиком и подрядчиком. Было высказано мнение, что следует осведомлять заказчика о том, что такая практика может быть сопряжена с большим риском и может вовлечь его в спор между подрядчиком и субподрядчиком. Подчеркивалось, в частности, что заказчику следует опасаться завышения оплаты услуг субподрядчика. Было внесено предложение пересмотреть формулировку последнего предложения в пункте 30 в свете вероятности возникновения ситуации, предусмотренной в данном предложении, на практике.

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ 23/

133. Было выражено мнение, что в руководстве следует особо указать на возможные расходы, вытекающие из различных мер по обеспечению гарантий. Стороны могут рассмотреть вопрос о том, являются ли достаточными минимальные гарантии, если известны репутация и финансовое положение подрядчика. Если есть необходимость в гарантиях, то в данной главе должна содержаться рекомендация во избежание излишней траты средств проводить анализ сравнительных затрат на принятие различных мер. В частности, было указано, что формула, в соответствии с которой один из банков дает монетарную гарантию исполнения, а другой это подтверждает, может привести к значительным дополнительным расходам.

134. Было указано на то, что следует ограничить содержащиеся в этой главе ссылки на другие тексты. В тех случаях, когда необходимая информация или договорные обязательства содержатся в других текстах, было бы целесообразно поместить такую информацию или упомянутые обязательства в самой главе. Если имеется ссылка на другие документы, то они должны представлять собой тексты, так или иначе принятые Комиссией.

135. Были выражены различные точки зрения по вопросу о том, насколько широко в договорной практике используются гарантии, и в частности гарантии, касающиеся исполнения обязательств. Согласно одной точке зрения, лишь в некоторых регионах заказчики настаивают на включении таких гарантий, в то время как, согласно другой точке зрения, они практикуются во многих

регионах и используются во всех случаях, когда контракт на строительство объекта финансируется на средства международного учреждения развития.

136. Было выражено мнение, что описание гарантии торгов, содержащейся в пункте 5, не всегда соответствует тому, как подобная гарантия используется на практике. Было также указано на необходимость внести ясность и обеспечить большее соответствие терминологии, используемой в упомянутой главе. Это позволит избежать возможной путаницы в отношении гарантии исполнения обязательств и гарантии качества, касающейся исполнения обязательств. Кроме того, отмечалось, что термин "гарантия исполнения" используется в данной главе для обозначения двух различных видов гарантий (именуемых в данной главе "монетарные гарантии исполнения" и "долговое обязательство"). Соответственно во всех случаях при употреблении термина "гарантии исполнения" необходимо разъяснять значение, в котором он употребляется. Указывалось также, что можно улучшить характер изложения материала в данной главе, если рассматривать монетарные гарантии исполнения и долговые обязательства раздельно.

137. В отношении выбора гарантов было выражено мнение, что следует поощрять достижение сторонами договоренности в отношении предоставляемых гарантов до заключения контракта. Если такой выбор не был сделан до заключения контракта и заказчик впоследствии отклонил гаранта, выбранного подрядчиком, подрядчику может быть трудно найти другого гаранта, приемлемого для заказчика. Было выражено мнение, что, возможно, нет необходимости настаивать на выборе гаранта из страны заказчика для обеспечения соответствующей защиты заказчика и что может оказаться достаточным получение гарантии первоклассного банка или другого финансового учреждения, возможно, из страны, которая не является ни страной заказчика, ни страной подрядчика. В этой связи было выражено мнение, что даже в этом случае, если заказчик настаивает на получении гарантии от банка его страны, на практике такой банк может иногда получить встречную гарантию от иностранного банка, с тем чтобы обеспечить наличие конвертируемой валюты в достаточном объеме для совершения возможного платежа по обязательствам по данной гарантии. Отмечалось также, что сторонам следует выяснить, располагает ли гарант финансовыми возможностями для выполнения своих обязательств по гарантии. Предлагалось указать в этой главе, что в некоторых случаях заказчик может потребовать правительственной гарантии в поддержку обязательств, взятых на себя подрядчиком.

138. Было выражено мнение, что наряду с часто используемыми терминами "независимая" и "вспомогательная" гарантия используются также термины "условная" и "безусловная" гарантия, и об употреблении этих последних терминов также может быть упомянуто в данной главе. Было высказано мнение, что следует вновь обсудить вопрос об использовании термина "независимая".

139. Отмечалось, что в дополнение к обсуждаемым в этой главе возможным средствам, относящимся к регрессу при гарантии по первому требованию, в ней можно отразить другие возможные средства, которые могут оказаться полезными для защиты интересов как заказчика, так и подрядчика. В качестве одного из возможных средств можно предусмотреть в гарантии, что гарант не обязан выплачивать компенсацию заказчику сразу же по получении требования, но лишь по истечении установленного периода времени. Установление такого срока позволит провести переговоры между заказчиком и подрядчиком в целях урегулирования спора между ними. Другим возможным средством является выплата гарантом денег по требованию заказчика третьей стороне, которая может держать их у себя по доверенности до разрешения спора между заказчиком и подрядчиком. В контракте на строительство объекта можно также предусмотреть, что до предъявления требования о выплате заказчик должен уведомить подрядчика об этом или что до предъявления требования он должен предоставить подрядчику срок для устранения имеющихся, по его мнению, дефектов. Несоблюдение таких условий контракта вызовет возникновение договорной ответственности заказчика перед подрядчиком. Кроме того, при наличии таких положений в контракте суды в некоторых правовых системах могут не допустить возбуждения заказчиком иска по гарантии в нарушение таких условий.

140. Было выражено мнение о том, что, даже когда гарантия, о которой идет речь, является гарантией первого требования, гарант необязательно во всех случаях может быть обязан выплачивать деньги на основании одного лишь утверждения заказчика о том, что подрядчик не выполнил своих обязательств. В главе можно указать, что в некоторых правовых системах существуют определенные весьма незначительные ограничения права регресса со стороны заказчика (например, когда иск предъявляется обманным путем). Было также отмечено, что, возможно, было бы полезно четко разграничить взаимоотношения между заказчиком и гарантом и взаимоотношения между заказчиком и подрядчиком. В то время как при предъявлении необоснованного иска при гарантии первого требования гарант обязан выплатить компенсацию, права подрядчика в отношении заказчика, вытекающие из нарушения договорных положений, относящихся к требованию о выплате по гарантии, сохраняют свою силу.

141. В отношении последнего предложения пункта 18 было выражено мнение, что, в то время как стороны, как правило, взаимно заинтересованы в успешном завершении контракта, тем не менее при определенных обстоятельствах это может оказаться недостаточным для предотвращения злоупотребления правами при гарантии первого требования. Соответственно, было достигнуто согласие с тем, что это предложение следует исключить.

142. Было выражено мнение, что следовало бы уточнить содержащееся в данной главе предложение о том, что заказчик в своем приглашении к участию в торгах на получение подряда может указать, какие гаранты были бы для него приемлемыми. Например, заказчик мог бы прямо называть гарантов, которые были бы для него приемлемыми. Вместе с тем, поскольку многие подрядчики, вероятно, не смогли бы добиться согласия названных гарантов, было бы желательно указывать только приемлемые виды гарантов (например, гарантов, предоставляющих монетарные гарантии исполнения, или гарантов, предоставляющих долговые обязательства). Было также выражено мнение, что требование о том, чтобы к заявке на подряд прилагалось письменное удостоверение от предполагаемого гаранта с указанием его желания предоставить гарантию исполнения, не является приемлемым, поскольку в соответствии с некоторыми правовыми системами обязательство, указанное в таком удостоверении, не имеет законной силы.

143. Отмечалось, что в пункте 19 главы высказывается предположение о том, что, когда гарантия должна предоставляться после заключения контракта, сторонам следует согласовать право заказчика на возмещение убытков в случае, если гарантия не была предоставлена. Вместе с тем было отмечено, что в связи с данным средством правовой защиты заказчик должен тщательно учесть вероятную ценность для него такого необеспеченного права по отношению к иностранному подрядчику на возмещение убытков, сумму убытков, которые он может фактически понести, а также возможные трудности, связанные с получением решения против иностранного подрядчика.

144. Отмечалось, что соответствующей валютой платежа как по гарантии возмещения, так и по гарантии исполнения (пункт 20) обычно является валюта, в которой должна быть уплачена цена, указанная в договоре. Отмечалось также, что ссылка в пункте 23 на обязанность гаранта выплатить стоимость издержек и убытков, понесенных заказчиком, является ненужной, поскольку заказчик на практике предъявит иск на общую сумму по гарантии и не обязан доказывать, что он понес издержки или убытки.

145. Было предложено сделать в разделе B, 2 ("Гарантии исполнения обязательств, создаваемые условиями произведения платежа") ссылку на главу "Цена", в которой будут подробно рассмотрены условия платежа.

146. Было выражено мнение, что в пункте 36 недостаточно полно отражена применяемая в настоящее время в некоторых регионах практика выплаты подрядчику причитающихся сумм из полной стоимости контракта. Отмечалось, что условиями платежа нередко предусматривается, что 50% причитающейся суммы выплачиваются по завершении строительства, а оставшиеся 50% подлежат выплате по истечении гарантийного срока.

147. Отмечалось, что было бы целесообразно указать условия, при которых в контракте целесообразно было бы потребовать обеспечения выполнения подрядчиком обязательств по контракту как на основании гарантий, так и на основании условий платежа или же потребовать только один вид обеспечения таких обязательств. Высказывалось также мнение о том, что, если предусмотрены два вида обеспечения, в данной главе следует рассмотреть вопрос о выборе между этими вариантами, который должен быть открыт для заказчика в отношении взыскания по этим обеспечениям.

148. Было указано на возможность пересмотра раздела C ("Гарантии платежа, предоставляемые заказчиком") с целью его согласования с разделом B ("Обеспечение исполнения обязательств подрядчиком"). В частности, в пункте 39 этой главы следует указать, что подрядчик может предпочесть аккредитив на свое имя, открытый одним из банков в его стране, что, помимо трудностей, связанных с валютным контролем, подрядчик может столкнуться с административными трудностями при получении платежа. Кроме того, в качестве альтернативы требованию об открытии автоматически возобновляемого аккредитива, о котором говорится в пункте 40, следует обратить внимание на открытие аккредитива на полную договорную сумму. Было отмечено, что достичь лучшей сбалансированности можно, уделив в разделе C больше внимания выработке альтернативных подходов, а не конкретным рекомендациям.

149. Было отмечено, что факт финансирования строительства объекта международным кредитным органом или другим пользующимся надлежащей репутацией учреждением сам по себе не является достаточной гарантией осуществления причитающегося подрядчику платежа. В соответствии с некоторыми договорными соглашениями платежи производятся только после получения от инженера, представляющего интересы заказчика, подтверждения о надлежащем выполнении работ или при наличии соответствующего распоряжения заказчика. Поэтому могут возникнуть обстоятельства, при которых

необходимого освидетельствования проведено не будет, в результате чего финансовое учреждение не сможет произвести платеж. В качестве одного из методов решения этой проблемы можно оговорить, что право подрядчика получить платеж приводится в действие с помощью процедуры, не связанной с заказчиком.

150. Было указано, что стороны, возможно, пожелают оговорить последствия, возникающие в тех случаях, когда заказчик не открыл или задержал открытие аккредитива, требуемого по контракту. Было также указано, что в разделе С следует изложить систему отсроченных платежей, иногда применяемую при финансировании контрактов на строительство объектов, в соответствии с которой кредиты на строительство предоставляются подрядчиком или от его имени, а заказчик обязуется осуществить отсроченный платеж в течение срока, согласованного сторонами.

151. Было предложено сделать ссылку на методы урегулирования споров, которые могут применяться как в тех случаях, когда возникают споры в отношении предоставляемого подрядчиком обеспечения исполнения его обязательств, так и в тех случаях, когда спор касается обеспечения уплаты цены, которое должно быть предоставлено заказчиком.

152. Была достигнута общая договоренность о том, что обеспечительные интересы в собственности (раздел D) не имеют большого значения ни для одной из сторон как средство обеспечения должного исполнения обязательства другой стороной. Отмечалось, что этот вопрос является сложным и трудным для краткого изложения. Было отмечено, что значение обеспечительных интересов, предоставляемых заказчику в виде строительных механизмов подрядчика, снизилось, поскольку эти строительные механизмы часто арендуются подрядчиком, а не являются его собственностью. Была достигнута договоренность, что этот вопрос не заслуживает того, чтобы посвящать ему отдельный раздел главы, однако содержание данного раздела, посвященного этому вопросу, может быть включено в соответствующие пункты других разделов этой главы. Вместе с тем высказывалось мнение, что в этой главе можно также упомянуть о сохранении права на имущество и о закладных. Было высказано также мнение, что сторонам следует напомнить о целесообразности заручиться мнением независимой юридической консультации о применимом законе, касающемся обеспечительных интересов в собственности, находящейся в другой стране.

ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ И БУДУЩАЯ РАБОТА

153. Отмечалось, что, возможно, понадобится проведение еще двух сессий Рабочей группы для завершения прений по большинству проектов глав, которые должны содержаться в правовом руководстве. Ряд проектов глав будут подготовлены к следующей сессии Рабочей группы, которая в соответствии с решением Комиссии состоится в Нью-Йорке 8-19 апреля 1985 года 24/.

154. Секретарь Комиссии заявил, что секретариат представит седьмой сессии Рабочей группы пересмотренный вариант проекта структуры правового руководства (A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.1) и что в этом пересмотренном проекте найдут отражение прения, проведенные Рабочей группой; в нем также будет несколько изменен порядок изложения и будут объединены определенные главы, если секретариат сочтет это необходимым. Секретариат представит также восьмой сессии Рабочей группы новые редакции глав "Завершение, приемка и принятие" и "Выбор вида договора", которые в свете обсуждений, проведенных Рабочей группой, требуют существенной переработки.

1/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее одиннадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать третья сессия, Дополнение № 17 (A/33/17), пункт 71.

2/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее двенадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/34/17), пункт 100.

3/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тринадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать пятая сессия, Дополнение № 17 (A/35/17), пункт 143.

4/ A/CN.9/176, пункт 31.

5/ См. сноску 3.

6/ A/CN.9/WG.V/WP.4 и Add. 1-8 и A/CN.9/WG.V/WP.7 и Add.1-6.

7/ A/CN.9/198, пункты 11-80 и A/CN.9/217, пункты 13-129.

8/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее четырнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 17 (A/36/17), пункт 84.

9/ A/CN.9/217, пункт 130.

10/ См. сноску 8.

11/ A/CN.9/WG.V/WP.9 и Add. 1-4.

12/ A/CN.9/234, пункты 51-52.

13/ A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5; A/CN.9/WG.V/WP.11 и Add. 1-4 и 6-9.

14/ A/CN.9/247, пункт 132.

15/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1.

16/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2.

17/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3.

18/ A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4.

19/ A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5.

20/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее шестнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/38/17), приложение I.

21/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4.

22/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5.

23/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6.

24/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункт 154.

2. Проект правового руководства по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов: проекты глав
Доклад Генерального секретаря
(A/CN.9/WG.V/WP.13 и Add.1-6)

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты	Стр.
[A/CN.9/WG.V/WP.13]			
ВВЕДЕНИЕ			
[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1]			
ОБЪЕМ И КАЧЕСТВО РАБОТ			
РЕЗЮМЕ			331
A.	Общие замечания	1-2	333
B.	Определение объема и качества работ в договорных документах	3-4	333
C.	Описание работ	5-26	333
1.	Объем строительства	5-9	333
2.	Качество работ	10-22	334
a)	Общие сведения	11	334
b)	Технические условия	12-16	334
c)	Стандарты и нормы	17-19	335
d)	Чертежи	20-22	336
3.	Ответственность за неточные или неполные технические условия и чертежи	23-26	336
D.	Иерархия документов	27	337
E.	Степень конфиденциальности технических условий, чертежей и другой технической документации	28-29	337
[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2]			
ЗАВЕРШЕНИЕ, ПРИЕМКА И ПРИНЯТИЕ			
РЕЗЮМЕ			338
A.	Общие замечания	1-2	340
B.	Завершение строительных работ	3-19	340
1.	Сроки завершения строительных работ	3-7	340
2.	График для строительства и завершение работ	8-11	341
3.	Продление сроков завершения работ	12-16	342
4.	Доказательство завершения: пусконаладочные испытания	17-19	343

		Пункты	Стр.
C.	Приемка	20-31	343
	I. Сроки приемки	24-25	344
	2. Акт приемки	26-27	344
	3. Юридические последствия приемки	28-31	344
D.	Принятие	32-41	345
	I. Принятие объекта заказчиком	33-38	345
	a) Принятие объекта после завершения строительства одним или несколькими подрядчиками	34	345
	b) Принятие объекта для опытно-промышленной эксплуатации	35-36	345
	c) Принятие объекта в случае прекращения контракта...	37	346
	d) Принятие объекта в случае завершения строительства другим подрядчиком с уплатой издержек и принятием риска первым подрядчиком.....	38	346
	2. Протокол о принятии	39	346
	3. Принятие подрядчиком	40-41	346

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3]

РАСПРЕДЕЛЕНИЕ РИСКА УБЫТКОВ ИЛИ УЩЕРБА*

	РЕЗЮМЕ		346
A.	Общие замечания	I-I0	348
B.	Оборудование и материалы, поставляемые подрядчиком для использования в строительстве объектов	II-I6	349
C.	Оборудование и материалы, поставляемые заказчиком для использования в строительстве объектов	I7-I9	350
D.	Строящиеся сооружения и завершенные объекты	20-22	35I
E.	Последствия ответственности за риск	23-24	35I
F.	Оборудование и строительные машины подрядчика, используемые в целях строительства	25	352

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4]

СТРАХОВАНИЕ

	РЕЗЮМЕ		354
A.	Общие замечания	I-8	355
B.	Страхование имущества	9-23	356
	I. Страхование строящегося сооружения и завершенных объектов	II-I8	356
	2. Страхование оборудования и материалов, которые будут использованы в производстве	I9-22	358

*Ранее эта глава имела название "Переход рисков".

		Пункты	Стр.
	3. Страхование машин и оборудования подрядчика	23	358
C.	Страхование ответственности	24-32	358
D.	Доказательство страхования	33	360
E.	Необеспечение подрядчиком страхования	34-35	360

/A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5/

СУБПОДРЯДЫ

	РЕЗЮМЕ		360
A.	Общие замечания	I-6	362
B.	Право подрядчика на заключение субподрядных договоров	7-8	362
C.	Выбор субподрядчиков	9-25	363
D.	Возможность заказчика возбуждать иск непосредственно против субподрядчика	26	366
E.	Оплата за выполнение работы субподрядчиками	27-31	367

/A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6/

ГАРАНТИЯ ИСПОЛНЕНИЯ

	РЕЗЮМЕ		369
A.	Общие замечания	I-3	371
B.	Обеспечение исполнения обязательств подрядчиком	4-36	371
	I. Гарантии	4-32	371
	a) Гарантии исполнения: функция	6-8	372
	b) Гарантии возмещения: функция	9	372
	c) Выбор гарантов	I0-II	373
	d) Характер обязательства гаранта	I2-I8	373
	e) Срок предоставления гарантии	I9	374
	f) Пределы ответственности по гарантии	20-23	375
	g) Последствия изменения контракта	24-27	376
	h) Срок действия гарантии	28-32	376
	2. Гарантии исполнения обязательств, создаваемые условиями произведения платежа	33-36	377
C.	Гарантии платежа, предоставляемые заказчиком	37-42	378
D.	Обеспечительные интересы в собственности	43	379

/A/CN.9/WG.V/WP.13/

ВВЕДЕНИЕ

I. На своей второй сессии Рабочая группа по новому международному экономическому порядку решила обратиться к секретариату с просьбой начать подготовку проекта правового руководства по контрактам на поставку и строительство крупных промышленных объектов I/. На своей четырнадцатой сессии Комиссия одобрила это решение Рабочей группы и решила, что в руководстве должны быть выявлены правовые вопросы, связанные с такими контрактами, и предложены возможные решения для оказания помощи сторонам, в частности из развивающихся стран, в их переговорах 2/.

2. Закончив рассмотрение на своей второй 3/ и третьей 4/ сессиях представленного секретариатом анализа договорных положений, касающихся контрактов на поставку и строительство крупных промышленных объектов 5/, на своей третьей сессии Рабочая группа обратилась к секретариату с просьбой представить на рассмотрение Рабочей группы краткое описание структуры руководства и примерные проекты нескольких отдельных глав.

3. На своей четвертой сессии Рабочая группа обсудила краткое описание структуры руководства и проекты глав "Выбор вида контракта", "Освобождение от ответственности" и "Оговорки об особо затруднительных обстоятельствах" 6/. Было достигнуто общее соглашение относительно того, что структура руководства в целом является приемлемой. Общее признание получило также мнение о том, что по мере продвижения работы, возможно, потребуется некоторое изменение структуры, и секретариату было предоставлено право осуществлять такие коррективы. Содержание проектов глав в целом было также признано приемлемым, и были внесены предложения относительно их совершенствования.

4. На своей пятой сессии Рабочая группа обсудила проекты глав "Расторжение договора" 7/, "Контроль и испытания", "Невыполнение обязательств" 8/, "Статьи об изменениях", "Передача" и "Приостановление строительства", а также записку о структуре руководства 9/. Были внесены предложения относительно совершенствования проектов глав и содержащихся в них иллюстративных положений. Были сделаны некоторые общие замечания по поводу проекта главы "Возмещение ущерба" I0/, а обсуждение проекта этой главы, а также проекта главы "Оговорки о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках" II/ было отложено до шестой сессии.

5. В добавлениях к настоящему докладу содержатся проекты следующих глав, подготовленные секретариатом: "Объем и качество работ", Add. 1; "Завершение строительства, приемка и принятие", Add. 2; "Распределение риска убытков или ущерба" (прежнее название "Переход риска"), Add.3; "Страхование", Add.4; "Субподряды", Add.5 и "Обеспечение исполнения обязательств", Add.6.

1/ A/CN.9/198, пункт 92.

2/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее четырнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, Тридцать шестая сессия, Дополнение № 17 (A/36/17), пункт 84.

3/ A/CN.9/198.

4/ A/CN.9/217.

5/ A/CN.9/WG.V/WP.4 и Add.1-8, A/CN.9/WG.V/WP.7 и Add.1-6.

6/ A/CN.9/WG.V/WP.9 и Add.1-4.

7/ A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5.

8/ A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.1-3.

9/ A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.6-9.

10/ A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4.

11/ A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5.

A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.17

ОБЪЕМ И КАЧЕСТВО РАБОТ

РЕЗЮМЕ: В контракт следует включать точные и подробные сведения относительно подлежащих выполнению строительных работ, в частности относительно их объема и качества. Для этой цели в договорной практике существуют специальные договорные документы (пункт 1). Основными документами, в которых определены объем и качество работ, являются основной контракт, технические условия и рабочие чертежи. Могут также использоваться и другие документы, такие как перечни строительных стандартов и норм (пункт 3). Сторонам надлежит определить, какие документы, касающиеся объема и качества работ, являются составной частью контракта (пункт 4).

Основные сведения об объеме подлежащих выполнению строительных работ следует изложить в основном контракте (пункт 5). В этом документе следует определить также основные виды работ, которые надлежит выполнить подрядчику (например, проектно-конструкторские работы, работы по подготовке строительной площадки к строительству основных объектов), а также основные объекты строительства (например, сооружение генераторов) (пункты 5-6). В случае контрактов на строительство объектов "под ключ" на подрядчике может лежать обязанность выполнить все обычные или необходимые строительные работы, связанные с осуществлением намеченной цели работы (пункт 8).

В технических условиях и рабочих чертежах следует дать полную информацию по качеству, а также полное техническое описание подлежащих выполнению строительных работ. В технических условиях может быть надлежащим образом представлена одна часть информации, а в рабочих чертежах - другая часть (пункт 10).

С технической точки зрения технические условия могут устанавливать требуемое качество оборудования, материалов и услуг, подлежащих использованию при строительстве (так называемое техническое задание "на разработку"). В иных случаях технические условия могут устанавливать с технической точки зрения требуемое качество выполненной работы без уточнения путей достижения этого качества (так называемые рабочие технические условия) (пункт 12). Технические условия могут содержать перечень разделов работы, охватываемой соответствующими спецификациями (пункт 13). Степень детализировки информации, содержащейся в технических условиях, может быть различной, в частности техническое задание на разработку (пункт 14), равно как и техническое задание на выполнение строительных работ (пункт 15) будут содержать детальные описания.

Разработка технических условий может быть облегчена за счет применения норм и стандартов, разработанных специализированными организациями. На основании таких норм и стандартов устанавливаются технические параметры определенного оборудования и материалов. Применение таких норм и стандартов позволяет надежно определять качество посредством единообразных процедур проверки и инспекции. Следует довести до сведения заказчика подлежащие обязательному соблюдению стандарты и нормы (пункты 17-19).

На рабочих чертежах схематически изображаются различные составные части объектов работы. Чертежи могут представляться заказчиком или его инженером-консультантом (пункт 20). По контракту может возлагаться на подрядчика обязанность довести до сведения заказчика любое обнаруженное подрядчиком несоответствие между такими техническими условиями и рабочими чертежами (пункт 21). В тех случаях, когда в контракте предусмотрено представление заказчиком генеральных чертежей и подготовку подрядчиком детальных рабочих чертежей на основе этих генеральных чертежей, в нем следует предусмотреть механизм, обеспечивающий соответствие детальных рабочих чертежей генеральным чертежам (пункт 22).

В контракте должен быть рассмотрен вопрос об ответственности за неточные или неполные технические условия и чертежи. Как правило, ответственность за неточные или неполные данные в технических условиях и чертежах возлагается на сторону, представляющую эту документацию (пункты 23-24). В некоторых случаях в технических условиях и рабочих чертежах, представляемых заказчиком, может быть опущена вспомогательная часть строительства. Если обязанности подрядчика по ведению строительных работ установлены как состоящие в достижении определенного результата и не ограничиваются соблюдением конкретных рабочих чертежей и технических условий, то ответственность за достижение этого результата лежит на подрядчике (пункт 25).

Стороны должны определить, какой из нескольких документов, касающихся объема и качества работ, имеет преобладающую силу в случае того или иного несоответствия. Как правило преобладающую силу над остальными документами имеет основной контракт. Что касается технических условий и рабочих чертежей, то решение о том, какой из этих документов имеет преобладающую силу, может определяться конкретно затрагиваемым аспектом строительства (пункт 27).

В контракте следует установить степень конфиденциальности информации, содержащейся в технической документации, подготовленной одной из сторон для целей строительства и представленной ею другой стороне. Стороны могут пожелать указать, что в целом сторона, подготавливающая документацию, сохраняет право собственности на нее. Документация может использоваться в тех целях, для которых она предназначена, но ее содержание не должно раскрываться третьему лицу без согласия другой стороны. Однако в определенных ситуациях заказчик может быть заинтересован в получении права собственности на техническую документацию, подготовленную подрядчиком (пункты 28-29).

* * *

A. Общие замечания

I. В контракте на строительство очень важно определить предмет контракта, обычно представляющий собой комплекс работ по подготовке строительной площадки к строительству основных объектов, основных строительно-монтажных работ, изготовления, поставки и монтажа оборудования, а также поставки материалов. Подобное описание должно быть, с одной стороны, достаточно широким для того, чтобы охватывать весь объем работ (цель, производительность и другие основные характеристики), а с другой стороны, достаточно подробным для того, чтобы определить качество и другие параметры технических деталей. Для этой цели в практике составления контрактов разработаны особые методы описания и особая система договорных документов.

2. В каждом случае стороны, которым надлежит представить различные договорные документы, будут определяться соглашением сторон. В случае объявления заказчиком конкурса на заключение подряда на строительство, ему следует приложить к своему предложению об участии в конкурсе документы с описанием подлежащих выполнению строительных работ. В случае использования в работах того или иного процесса, представляемого тем или иным лицензиаром, последнему следует снабдить подрядчика документацией, которая позволила бы ему произвести ту часть строительства, которая связана с использованием данного процесса. В случае подряда на строительство "под ключ" заказчик может указать лишь основные характеристики и производственные параметры объекта, который он хочет построить, и подрядчик будет обязан обеспечить технические условия и чертежи, определяющие качество работ.

B. Определение объема и качества работ в договорных документах

3. Объем и качество работ, как правило, отражены в нескольких видах документации. Общее описание строительных работ содержится в основном контракте, который может также содержать общие указания относительно качества работ. Технические детали подлежащих выполнению строительных работ, их качества и конкретные методы строительства содержатся в договорных документах, как правило, называемых "технические условия" и "рабочие чертежи". Технические условия содержат данные относительно качества оборудования, материалов и услуг, в то время как чертежи дают наглядное представление о намечаемых способах использования оборудования, материалов и услуг. Некоторые контракты, особенно предусматривающие подготовительные и основные строительно-монтажные работы, зачастую сопряжены с еще одним видом документации (иногда называемой "материальные спецификации"), в котором даются дополнительные детальные сведения относительно объема подлежащих выполнению работ. К определению объема и качества работы могут также иметь отношение и другие документы, такие как перечни стандартов и норм, подлежащих соблюдению при строительстве.

4. Часть вышеупомянутой документации касается, в первую очередь, правовых обязательств, в то время как другая ее часть касается в основном технических стандартов и норм и инженерных деталей. Тем не менее все эти документы важны с юридической точки зрения, поскольку в своей совокупности они составляют договорную основу для определения объема и качества работ. Сторонам следует четко установить, какие из документов, определяющих объем и качество работ, являются составной частью контракта на строительство. Установить это представляется целесообразным по той причине, что нормы применимого права, обусловливающего составные документы того или иного контракта, могут быть неуместны в отношении контракта на производство работ.

C. Описание работ

I. Объем строительства

5. Общее описание строительных работ, подлежащих выполнению согласно контракту на строительство, следует поместить в начале основного контракта. В этом документе следует определить также основные виды работ, которые надлежит выполнить подрядчику, такие как поставка оборудования, проектно-конструкторские работы, изготовление, монтаж, испытание и поставка механических и электрических компонентов, транспортное обеспечение, подготовка строительной площадки к строительству основных объектов, основные строительно-монтажные работы и ремонтные работы.

6. Кроме того, сторонам следует включить в основной контракт более детальное перечисление главных компонентов строительных работ, подлежащих выполнению, таких как сооружение или поставка генераторов, турбин, конструкций для турбинных залов, обжиговых печей или строительство административных зданий. В таком более подробном перечислении могут также указываться основные технические параметры перечисляемых компонентов.

7. В основном контракте следует определить предполагаемый режим для достижения расчетной мощности и производственного потенциала объекта. В некоторых контрактах на строительство точное описание такого режима (например, необходимый коэффициент мощности или особая комбинация сырьевых материалов, которая должна составлять главный производственный ввод) может быть весьма обширным, и, вероятно, будет нецелесообразно включать его целиком в основной контракт. В таких случаях описание такого режима, содержащееся в других документах, следует четко увязать с общим описанием, содержащимся в основном контракте.

8. Общее описание работ может быть дополнено, в особенности в контракте "под ключ", еще одним положением, возлагающим на подрядчика обязанность произвести все строительные работы, которые, даже не будучи конкретно указаны, тем не менее являются обычными или необходимыми для достижения намеченной цели работ. Для того чтобы возложить такое обязательство на подрядчика, может оказаться недостаточным просто охарактеризовать тот или иной контракт, как контракт "под ключ", поскольку данный термин может и не иметь устоявшегося значения в рамках тех или иных правовых систем. Вышеупомянутое положение поможет избежать разногласий в вопросе о том, какая сторона должна нести расходы по незначительным статьям материалов или работ, либо не учтенных при переговорах, либо опущенных ввиду нецелесообразности отдельного упоминания о них.

9. За описанием обязанностей подрядчика может следовать перечисление оборудования или материалов к поставке или строительно-монтажных и вспомогательных работ, подлежащих выполнению другими, в тех случаях, когда в строительстве принимают участие также заказчик и другие подрядчики. Хотя с юридической точки зрения нет необходимости перечислять те работы, которые не подлежат выполнению тем или иным подрядчиком, подобное негативное перечисление зачастую вносит большую ясность. Кроме того, стороны могут в некоторых случаях пожелать воспользоваться моделью подлежащих выполнению работ или части работ для определения объема надлежащего строительства.

2. Качество работ

10. Сторонам следует удостовериться в том, что технические условия и рабочие чертежи содержат в совокупности полную информацию по качеству, полные инструкции по координированию оборудования, материалов и услуг и полные технические требования к работе. При объявлении конкурса на заключение подряда технические условия вместе с рабочими чертежами должны быть достаточно детальными для того, чтобы каждый участник конкурса имел возможность подготовить свою смету. Вряд ли можно сформулировать четкие правила относительно того, какая информация должна даваться через рабочие чертежи, а какая - через технические условия. Однако характер этих двух видов документации определяет их содержание. Те данные, которые представляется более уместным выразить в графической форме через посредство чертежей, не следует включать в технические условия, которые представляют собой документацию описательного характера. Так, например, то или иное сооружение может быть целиком отражено в чертежах без каких-либо указаний на конкретные материалы, которые надлежит использовать при его строительстве. Разбивка сооружения на составные конструкции и параметры различных материалов, которые надлежит использовать при строительстве, могут быть определены в технических условиях.

Общие сведения

11. Стороны могут включить в основной контракт положение, устанавливающее общий стандарт качества для оборудования, материалов и услуг, подлежащих использованию при строительстве. Таким положением может быть определено, что все оборудование и материалы для объекта строительства, а также предоставляемые услуги должны быть "первоклассными","надлежащими" или "высшего качества". Такая оговорка может защищать интересы заказчика в тех случаях, когда в технических условиях не оговорено какое-либо конкретное качество. Однако такие общие сведения относительно качества могут толковаться по-разному, и в этой связи желательно, чтобы в контракте содержались также конкретные требования к качеству по всем видам оборудования, материалов и услуг, подлежащих использованию при строительстве.

Технические условия

12. В самих технических условиях могут содержаться данные по качеству материалов и услуг и указания относительно способов их применения и комбинирования с целью достижения результатов, указанных в рабочих чертежах, или же в них могут просто содержаться указания на техническом языке относительно требуемого качества готовой продукции без уточнения способов достижения этого. В последнем случае такие технические условия зачастую называются техническим заданием, в то время как первый вид технических условий зачастую называется "проектным" заданием.

В технических условиях могут также содержаться другие данные, определяющие объект работы (например, габариты). Как правило, технические условия, содержат общие положения и специальные технические положения. Сторонам следует удостовериться в том, что документация, содержащая технические условия, является составной частью контракта.

I3. Содержащиеся в технических условиях общие положения, хотя и аналогичные по своему содержанию общим сведениям, содержащимся в основном контракте, должны быть более подробными. Не представляется возможным дать какие-либо руководящие указания относительно разработки этих положений применительно ко всем случаям. Однако в целом технический характер технических условий приводит к тому, что в них содержится большее число технических данных и что оно является более точным и детальным с технической точки зрения, чем общие сведения, приводимые в основном контракте. В общих положениях технических условий следует перечислить части объекта, охватываемые техническими условиями. В некоторых случаях стороны могут счесть целесообразным указать в технических условиях требования в отношении конкретных методов работы, которых следует придерживаться подрядчику, или особую последовательность в производстве строительства (определяемую, например, необычными условиями строительной площадки). На практике в технических условиях иногда дается информация по таким вопросам как наличие помещений для хранения снабжения или других коммунальных услуг.

I4. В "проектном" задании следует дать подробное техническое описание каждого объекта работы. В таком задании следует указать виды и типы материалов, которые надлежит поставить для каждого объекта работы, их физические и эксплуатационные параметры, объем и габариты каждого объекта работы, надлежащие методы производства и дать любую другую информацию технического характера, касающуюся качества подлежащих выполнению строительных работ.

I5. Характер технических условий определяется конкретным видом работ. Технические условия на производство строительно-монтажных работ могут потребовать большей деталировки, чем технические условия на производство подготовительных работ, в силу того, что строительно-монтажные работы предусматривают значительное число более мелких операций. Технические условия по основным строительно-монтажным работам и подготовительным работам будут в целом носить характер "проектных" заданий. С другой стороны, технические условия для оборудования, где упор, вероятнее всего, будет делаться на надлежащее функционирование этого оборудования, безусловно, должны оставлять подрядчикам значительный простор для выбора надлежащей конструкции, технологии изготовления и материалов для обеспечения надлежащего выполнения работ. Требуемая степень деталировки также может определяться видом заключенного контракта. В случае приглашения участвовать в конкурсе на заключение подряда на основе паушальной суммы могут потребоваться весьма детальные технические условия.

I6. Сторонам надлежит установить, каким образом можно указать в технических условиях наиболее точные сведения по качеству материалов, которые надлежит использовать. В некоторых случаях, возможно, потребуется определять качество с точки зрения внешнего вида, в то время как в других случаях его потребуется определять с точки зрения физических или химических свойств. В контракте могут быть установлены различные требования в отношении контроля, различные процедуры испытания или утверждения для обеспечения качества указанных материалов (см. главу XIII "Контроль и испытания"). В случаях, когда какая-либо из этих процедур должна осуществляться на базе подрядчика, в контракте должно быть оговорено, какие условия (например, лабораторные условия) должны быть обеспечены подрядчиком для этой цели.

Стандарты и нормы

I7. Разработка технических условий может быть облегчена за счет использования различных стандартов и норм, например, на оборудование и материалы. Стандарты и нормы на оборудование и материалы публикуются и совершенствуются на регулярной основе различными специализированными техническими организациями, промышленными ассоциациями и правительственными органами. В тех случаях, когда в контракте предусмотрено использование стандартов, должны быть указаны источник такого стандарта и средства обеспечения требований этого стандарта.

I8. Некоторые стандарты и нормы являются международно признанными и широко используются в международной практике заключения подрядов и договоров. Такие стандарты и нормы могут относиться, в частности, к вопросам качества, содержания, параметров, формы, веса, состава, упаковки и испытания определенного оборудования и материалов. Как правило, желательно придерживаться таких стандартов и норм, поскольку они предоставляют испытанные и подтвержденные критерии в отношении регулируемых ими вопросов и позволяют надежно определять качество посредством применения единообразных процедур контроля и инспекции. Сторонам следует также удостовериться в том, что, согласно нормам применимого права, соблюдение определенных стандартов является обязательным.

I9. Сторонам следует обеспечить соответствие стандартов и норм характеру подлежащей выполнению работы. Несоответствие применяемых стандартов и норм может повлечь за собой недостатки в работе. Сторонам следует также убедиться в том, что соответствующие стандарты и нормы известны в стране заказчика. Применение неизвестных стандартов и норм может ограничить возможности найма субподрядчиков в стране заказчика, равно как и возможности использования местных материалов.

Чертежи

20. На чертежах схематически изображаются различные составные части объекта. В тех случаях, когда обязанность представить чертежи лежит на заказчике или его инженере-консультанте, зачастую может оказаться, что чертежи, представленные заказчиком до объявления им конкурса на заключение подряда, не дают всей необходимой информации для производства строительных работ, а следовательно, необходимы дополнительные чертежи. В таких случаях заказчику надлежит после заключения контракта периодически поставлять дополнительные и более детальные чертежи. Такие дополнительные чертежи должны быть увязаны с ранее подготовленными чертежами, ибо в противном случае подрядчик может выдвинуть возражение о том, что от него требуют произвести строительные работы, не предусмотренные контрактом.

2I. Стороны могут пожелать возложить на подрядчика обязанность довести до сведения заказчика любое обнаруженное подрядчиком несоответствие между рабочими чертежами и техническими условиями. Такое указание призвано предоставить заказчику возможность вынести решение о том, как поступить подрядчику: следовать либо рабочим чертежам, либо техническим условиям. В этой связи в контракте следует предусмотреть для заказчика право решать этот вопрос, а для подрядчика - обязанность следовать указаниям заказчика.

22. В некоторых случаях, несмотря на то, что генеральные чертежи представляются заказчиком, обязанность представить детальные или "монтажные" рабочие чертежи возлагается на подрядчика. Такие чертежи представляют собой деталировку идей, уже изложенных в генеральных чертежах, представленных заказчиком. В контракте следует указать, что такие детальные чертежи, подготавливаемые подрядчиком, не должны содержать никаких отклонений от генеральных чертежей. В целях обеспечения постоянного надлежащего контроля за выполнением заказчиком вверенной ему работы в контракте следует также предусмотреть в отношении подрядчика обязанность представлять все детальные чертежи на утверждение заказчика. В контракте может, однако, предусматриваться, что утверждение детальных чертежей или отсутствие возражений со стороны заказчика в отношении таких чертежей не должно расцениваться как согласие заказчика на отступление от генеральных чертежей. Если такая оговорка сделана, то в контракте следует предусмотреть для заказчика право потребовать внесения в такие детальные чертежи поправок, с тем чтобы обеспечить их соответствие генеральным чертежам, и потребовать, чтобы любая работа, уже выполненная на основе детальных чертежей, имеющих несоответствие, была выполнена вновь в соответствии с генеральными чертежами.

3. Ответственность за неточные или неполные технические условия и чертежи

23. В тех случаях, когда технические условия и чертежи представляются заказчиком, на подрядчиков следует возложить обязанность проанализировать информацию, содержащуюся в этой документации, и, если они установят, что такая информация является неточной или неполной, предложить пути ее улучшения. Однако ответственность за неточные или неполные данные следует возложить на заказчика, и все коррективы и изменения, обусловленные такими ошибками, можно рассматривать как изменения, затребованные заказчиком. На него следует возложить обязанность оплатить все издержки подрядчика, вызванные такими коррективами и изменениями (см. главу XXXУ "Оговорки об изменении").

24. В тех случаях, когда технические условия и чертежи представляются подрядчиком, именно он покрывает расходы в связи с любыми коррективами и изменениями, вызванными тем, что технические условия или рабочие чертежи оказались неточными или неполными. Кроме того, если такие коррективы и изменения вызвали просрочку в выполнении подрядчиком работы, ответственность за такую просрочку также ложится на него.

25. Могут возникнуть случаи, когда вспомогательная часть строительных работ не отражена в технических условиях и рабочих чертежах. Если такая оплошность допущена подрядчиком, то вытекающую из этого ответственность следует возложить на него. Если оплошность допущена заказчиком, то последствия могут зависеть от характера соответствующего контракта. Если лежащие на подрядчике обязанности по строительству определяются в основном достижением конкретного результата (например, в случаях контрактов "под ключ"), то ответственность за необеспечение

этого результата следует возложить на подрядчика, даже если та часть строительства, которая была необходима для обеспечения этого результата, отсутствовала в технических условиях и чертежах. Однако, если возложенные на подрядчика обязанности ограничены, главным образом, соблюдением соответствующих технических условий и чертежей (например, при поставке и монтаже определенного оборудования, описанного в технических условиях и чертежах), то его обязанности ограничиваются этой документацией, и затраты, возникшие в результате соответствующей оплошности, следует возложить на заказчика.

26. Разногласия могут также возникнуть в тех случаях, когда требование заказчика об использовании конкретного оборудования, материалов или услуг изложено в определенных технических условиях и чертежах, представленных им, и позднее обнаруживается, что такое оборудование, материалы и услуги не пригодны для предполагавшегося их использования. Может быть принято решение, аналогичное тому, которое содержится в предыдущем пункте. Если подрядчик принял на себя ответственность за весь объем проектно-конструкторских работ и строительство объекта или определенной части таких работ, то на него ложится обязанность оценить указанное оборудование, материалы или услуги до их использования. В случае обнаружения их непригодности, он вправе требовать покрытия расходов, связанных с изменением технических условий и чертежей. Если он не обнаруживает такой непригодности, в результате чего работы выполняются ненадлежащим образом, то ответственность следует возложить на него. Однако если на подрядчике лежит обязанность лишь выполнить строительные работы в соответствии с техническими условиями и чертежами, которые представляются заказчиком, то на подрядчика не следует возлагать ответственность в тех случаях, когда он использует указанные оборудование, материалы или услуги, и это приводит к выполнению работы ненадлежащим образом.

D. Иерархия документов

27. Сторонам следует иметь в виду, что в документации, определяющей объем и качество работ, могут содержаться некоторые не согласующиеся друг с другом положения. Для таких случаев представляется целесообразным предусмотреть какой-либо метод определения документа, имеющего преобладающую силу. Стороны могут пожелать установить, что в тех случаях, когда основной договорный документ не согласуется с другими документами, его всегда следует рассматривать как имеющий преобладающую силу. В частности, в контракте следует четко указать, что в случае какого-либо конфликта, обязанности подрядчика по обеспечению надлежащего класса и производственного потенциала объекта имеет преобладающую силу по отношению к его обязанностям по выполнению объема строительных работ, как он определен в технических условиях и чертежах. В тех случаях, когда не согласуются положения технических условий и рабочих чертежей, вопрос о том, какой из этих документов должен иметь преобладающую силу, может зависеть от конкретно затрагиваемого аспекта строительства. Например, зачастую указывается, что в отношении работ по подготовке строительной площадки к основным строительно-монтажным работам чертежи следует рассматривать как имеющие преобладающую силу по отношению к техническим условиям. Представляется возможным также и такой подход, когда, если в контракте не предусмотрено иное в отношении какого-либо конкретного аспекта строительства, технические условия должны иметь преобладающую силу над чертежами. Такой подход, вероятно, оправдан по тем соображениям, что письменные положения можно считать более надежным отражением соглашения между сторонами, нежели указания, содержащиеся в чертежах. Что касается других документов, то стороны могут пожелать, в той мере, в какой это возможно, устанавливать в контракте порядок важности таких документов. В тех случаях, когда не представляется возможным указать такой порядок, в контракте следует предусмотреть, что любые разногласия между сторонами в отношении приоритетности необходимо улаживать в соответствии с процедурой урегулирования споров (см. главу "Урегулирование споров").

E. Степень конфиденциальности технических условий, чертежей и другой технической документации

28. Степень конфиденциальности информации, содержащейся в технических условиях, чертежах и другой технической документации, является важным вопросом, который следует урегулировать в рамках контракта. Стороны могут пожелать указать, что сторона, подготавливающая технические условия и чертежи, должна при этом сохранять право собственности на них. В контрактах на строительство обычно указывается, что подрядчик сохраняет право собственности на поставленную заказчику техническую документацию, касающуюся строительства. Заказчик имеет право использовать такую документацию в тех целях, для которых она предназначена (например, в связи с выполнением обязанностей заказчика в отношении строительства), но он не имеет права раскрывать содержащуюся в такой документации информацию третьему лицу без предварительного согласия подрядчика. Тот же принцип следует применять и к технической документации, поставляемой заказчиком подрядчику.

29. Однако в некоторых случаях стороны могут пожелать указать, что техническая документация, представленная одной стороной, станет собственностью другой стороны. Например, если заказчик намерен построить еще один идентичный или аналогичный объект самостоятельно, он может пожелать получить право собственности без каких-либо ограничений в отношении использования им технической документации, подготовленной подрядчиком. В контракте обычно указывается, что техническая документация, получаемая заказчиком для эксплуатационно-ремонтных целей, подпадает под право собственности заказчика. Однако в контракте может быть предусмотрено, что вся подобная техническая документация, даже если она находится во владении заказчика, остается конфиденциальной и не может быть раскрыта третьим лицам.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2]

ЗАВЕРШЕНИЕ, ПРИЕМКА И ПРИНЯТИЕ

РЕЗЮМЕ: В контракт следует включить положения, касающиеся завершения строительства, приемки работ и принятия объектов и прочего имущества. Такие положения призваны определять момент наступления этих событий, а также их юридические последствия (пункты I-2).

Как правило, строительные работы следует считать завершенными, когда подрядчик поставил оборудование, материалы и услуги, предусмотренные в контракте. В контракте следует указать дату завершения работ или период времени, в течение которого строительные работы должны быть завершены (пункты 3-7). В контракт может быть включен график, устанавливающий последовательность выполнения строительных работ. В том случае, когда в строительстве должны принимать участие несколько подрядчиков, график, по возможности, следует включать в каждый контракт и следует возложить на подрядчика обязательство выполнять работы согласно этому графику (пункты 8-II).

Срок для завершения или обязательный период времени для выполнения части строительных работ, согласно графику, в определенных ситуациях следует увеличивать (пункты I2-I6). Следует возложить на подрядчика обязательство направить заказчику уведомление об обстоятельстве, которое дает подрядчику право на продление срока и о котором заказчик может быть не осведомлен. На него следует также возложить обязательство направить заказчику уведомление о сроке продления, который он считает разумным, после того, как ему станут известны факты, необходимые для выяснения срока продления пункт I5).

Завершение строительства должно быть подтверждено путем проведения пусконаладочных испытаний. Если результаты таких испытаний являются успешными, строительство можно считать завершенным с предложенной подрядчиком даты начала испытаний или же, в качестве альтернативы, со дня успешного завершения испытаний (пункты I7-I9).

После завершения работ следует предусмотреть приемку объекта заказчиком в том случае, если объект не имеет серьезных дефектов. Как правило, это должно подтверждаться эксплуатационными испытаниями. Вместе с тем, следует предоставить заказчику право осуществить приемку, если он того пожелает, даже в том случае, если эксплуатационные испытания не окажутся успешными (пункты 20-2I).

Моментом приемки следует считать момент успешного завершения эксплуатационных испытаний. На тот случай, если эксплуатационные испытания не проводятся в срок, предусмотренный в контракте, в него следует включить соответствующие положения, определяющие момент приемки. Если проведения эксплуатационных испытаний не требуется, моментом приемки следует считать момент подтверждения завершения строительных работ (пункты 24-25). Возможно, целесообразно включить в контракт требование об оформлении акта о приемке (пункты 26-27).

В контракте следует оговорить юридические последствия приемки. В момент приемки на подрядчике лежит обязательство сдать объект, который должен перейти в руки заказчика, причем риск убытков или ущербы объекту, не лежащий в тот момент на заказчике, должен перейти от подрядчика к заказчику с одновременным началом исчисления срока гарантии качества. Приемка может также иметь другие юридические последствия (пункты 28-3I).

В контракте следует оговорить, что принятие объекта имеет место в различных случаях, и, в частности, когда та или иная сторона вступает во владение оборудованием, материалами, строящимся либо уже завершенным промышленным объектом. В случаях принятия объекта, помимо принятия объекта заказчиком после приемки, основное последствие такого принятия состоит в том, что риск случайной гибели или порчи соответствующего имущества переходит на принимающую сторону, если она уже не несет этого риска (пункт 32).

Контракт может также предусматривать принятие заказчиком собственности до приемки, например в тех случаях, когда определенная часть работ выполнена каким-либо отдельным подрядчиком, когда объекту предстоит функционировать в период испытательного срока, когда действие контракта прекращено или когда строительные работы должны быть выполнены новым подрядчиком за счет и на риск подрядчика (пункты 33-38). Контракт может предусматривать необходимость оформления протокола принятия (пункт 39). Контракт может также предусматривать принятие подрядчиком определенной собственности (пункты 40-41).

* * *

A. Общие замечания

1. Основной обязанностью подрядчика следует считать завершение строительства объекта в соответствии с контрактом. После этого следует провести приемку заказчиком работ и передать объект в руки заказчика. В некоторых ситуациях заказчик может вступить во владение объектом, не приняв его. Положения контракта относительно завершения, приемки и принятия следует увязать с другими положениями контракта, в частности, с положениями о невыполнении обязательств и переходе рисков. Способ определения срока и последствий завершения, приемки и принятия во владение зависит от вида контракта на проведение работ, а также от характера объектов, которые надлежит построить.

2. В контракте следует четко определить, когда имеют место завершение работ, приемка и принятие во владение, а также их юридические последствия. В целом в контракте следует предусмотреть, что строительство считается завершенным, когда оборудование, материалы и услуги, предусмотренные условиями контракта, были поставлены подрядчиком. В контракте следует предусмотреть подтверждение завершения путем проведения успешных пусконаладочных испытаний. В большинстве случаев приемку следует проводить, когда подрядчик подтверждает посредством проведения успешных эксплуатационных испытаний, что, в основном, завершенный объект функционирует в соответствии с требованиями контракта и, таким образом, не имеет серьезных дефектов, хотя в некоторых случаях приемка может быть осуществлена без проведения эксплуатационных испытаний или в случае, когда результаты таких испытаний не являются успешными. Однако контракт должен давать гарантию заказчику в том, что даже после приемки объекта он будет располагать средствами для ликвидации дефектов, обнаруженных до приемки или же выявленных во время гарантийного периода, исходя из того, что ответственность за них несет подрядчик (см. главу "Невыполнение обязательств"). Следует считать, что принятие заказчиком имеет место, в частности, в тех случаях, когда он вступает во владение оборудованием, материалами, завершенным или незавершенным промышленным объектом, а принятие подрядчиком имеет место, когда он вступает во владение оборудованием или материалами.

B. Завершение строительных работ

1. Сроки завершения строительных работ

3. В контракте следует четко определить сроки завершения подрядчиком строительных работ. Сроки завершения могут определяться либо установленной датой, либо ссылкой на период времени. Если в контракте указывается установленная дата, в нем следует точно определить ситуации, в которых этот день может быть отсрочен, а также длительность отсрочки. Если в контракте предусматривается окончание строительных работ в течение установленного периода времени, в нем следует точно определить начало этого периода, при каких обстоятельствах он будет прерван или продлен, а также допустимый срок продления.

4. Для определения момента начала периода для завершения производства строительных работ могут быть рассмотрены следующие даты:

a) дата вступления контракта в силу;

b) дата получения подрядчиком от заказчика уведомления о том, что все лицензии на импорт оборудования и материалов, а также официальное согласие на строительство объекта, требуемые в стране заказчика, были предоставлены заказчику, или о том, что следует начать строительные работы;

c) дата получения подрядчиком предварительной оплаты, составляющей часть цены, предусмотренной контрактом;

d) дата представления заказчиком подрядчику проекта, чертежей и документации, необходимых для начала строительства.

5. В контракт может быть включено не более одной даты из числа упомянутых в предыдущем пункте, и в таком случае отсчет времени следует считать от последней из этих дат.

6. Если в строительстве объекта принимает участие лишь один подрядчик, в большинстве случаев в интересах заказчика как можно скорее закончить строительство и рассматривать установленную дату или окончание определенного периода времени как заключительную дату завершения строительства; при этом допускается и поощряется досрочное завершение работ. Тем не менее в некоторых случаях заказчик по различным практическим причинам, включая его финансовые условия, может не желать досрочного завершения строительства.

7. В исключительных случаях, когда предполагается сложное и долгосрочное строительство, может не представиться возможности во время заключения контракта определить конкретную дату или период времени для завершения строительства. В таких случаях в контракте могут быть определены приблизительные дата или период времени с учетом того, что окончательный срок завершения строительства должен быть согласован позже в течение периода времени, который надлежит определить в договоре. Если сторонам не удается достигнуть согласия, срок завершения следует определить в рамках процедуры урегулирования спора (см. главу "Урегулирование споров"). Неопределенность такой процедуры не должна прерывать выполнение условий контракта.

2. График для строительства и завершение работ

8. В контракт может быть включен график для установления последовательного порядка, в котором должны выполняться строительные работы. Наличие графика является желательным в целях облегчения оценки хода строительства. Он также может облегчить определение сроков продления для завершения строительства в случае изменения или же возникновения препятствий для строительных работ. График может отражать последовательность и порядок включения индивидуальных заданий, необходимых для завершения строительства, без наложения каких-либо юридических обязательств. В качестве альтернативы он может устанавливать обязательные предварительные даты или периоды времени, определяющие этапы строительства или объемы работ. Подрядчик, которому не удается выполнить задание в этот обязательный срок или период времени, должен нести ответственность за задержку (см. главу "Невыполнение обязательств", пункты 36-38). Кроме обязательств подрядчика, касающихся строительства объекта, в графике следует отражать все обязательства заказчика, связанные со строительством (то есть предоставление строительной площадки или поставка оборудования или материалов). Если в контракте имеется график, подрядчику следует периодически представлять заказчику в течение строительства (например, в первый день каждого месяца) отчет о ходе строительных работ.

9. График следует составлять в такой форме (например, графически), чтобы было возможно фиксировать фактический ход строительства и сравнивать его с графиком. Один из методов составления графиков, который могут пожелать рассмотреть обе стороны, представляет собой так называемый "метод критического пути". По этому методу все строительство делится на отдельные задания, а для каждого задания определяется период времени, в течение которого оно должно быть выполнено. Эти периоды объединяются в схематическую диаграмму, отображающую последовательность и взаимосвязь строительных работ. Критические работы, то есть такие работы, от которых зависит выполнение других операций, образуют на схематической диаграмме непрерывную цепь, называемую критическим путем. С помощью этого метода можно легко определить, как влияет задержка одних видов строительных работ на другие такие работы.

10. Если в строительстве участвует несколько подрядчиков (метод заключения отдельных контрактов см. главу "Выбор вида договора"), то график последовательности строительных работ следует включать в каждый контракт, чтобы дать возможность заказчику координировать все строительство в целом. Подрядчик обязан осуществлять строительство в соответствии с графиком. Последовательность проведения строительных работ в рамках каждого отдельного контракта следует согласовывать с общим графиком всего строительства. Однако в тех случаях, когда невозможно договориться о графике во время заключения контракта, в нем может быть только оговорен период времени, в течение которого должно быть завершено предусмотренное контрактом строительство. Точное время начала строительства может быть определено заказчиком позже, с учетом графика строительных работ, согласованного с другими подрядчиками, участвующими в строительстве. Вместе с тем в контракте может быть предусмотрено, что если заказчику необходимо, чтобы строительство было начато до или после установленных сроков, то подрядчик будет иметь право на определенную корректировку цены. В контракте может быть также предусмотрено, что если заказчик не требует начинать строительство в период времени, предусмотренный в контракте, то подрядчик может иметь право на прекращение контракта.

11. Если в контракте будет предусмотрено, что стороны согласуют график в какой-то более поздний срок, то в этом случае в договоре также следует предусмотреть последующую процедуру, необходимую для достижения такого соглашения. Если время завершения строительства продлевается, то график строительных работ следует изменить в соответствии с новыми сроками завершения работ. Если не достигнута договоренность относительно графика или его изменения, то любая из сторон имеет право устранить расхождение во мнениях с помощью соответствующих процедур по урегулированию споров.

3. Продление сроков завершения работ

I2. При наличии определенных обстоятельств сроки завершения строительных работ, установленные в контракте, или предусмотренные графиком обязательные сроки строительства какой-то части объекта следует продлевать. Стороны могут пожелать предусмотреть такое продление в следующих случаях:

a) строительные работы приостановлены заказчиком в целях удобства или подрядчиком в связи с невыполнением заказчиком своих обязательств (см. главу "Приостановление работ", пункты 6 и I7, а также главу "Невыполнение обязательств", пункт I6);

b) подрядчик должен выполнить дополнительную работу в связи с внесенными заказчиком изменениями в строительстве (см. главу "Статьи об изменении") или в связи с соблюдением обязательных для подрядчика инструкций по технике безопасности, охране окружающей среды или других административных предписаний, вышедших после заключения контракта.

c) подрядчик должен выполнить дополнительную работу, чтобы урегулировать вопрос об убытках и ущербе, риск за которые несет заказчик, или чтобы урегулировать вопрос об убытках или ущербе, причиненных заказчиком или лицом, нанятым заказчиком для выполнения строительных работ;

d) заказчик или лицо, нанятое им для выполнения строительных работ, препятствуют подрядчику в выполнении строительных работ в соответствии с контрактом;

e) строительные работы не ведутся вследствие возникновения освобождающего от ответственности препятствия (см. главу "Освобождение от ответственности").

I3. Если в исключительных случаях в контракте предусмотрено, что заранее оцененные убытки подлежат возмещению даже тогда, когда незавершение работ в срок вызвано освобождающим от ответственности препятствием, то возникновение такого препятствия не должно быть причиной для продления сроков завершения работ. В случае продления сроков завершения работ возникнет несоответствие в связи с отсутствием обстоятельства, по которому обязательно возмещение заранее оцененных убытков (то есть незавершение работ к сроку, предусмотренному в контракте).

I4. В контракте следует предусмотреть, что если появляются основания для продления сроков завершения работ, то автоматически следует продлить срок окончания строительства на время, обоснованно необходимое для завершения строительства, учитывая при этом любую дополнительную работу, которую надлежит выполнить, период времени, в течение которого подрядчик не имел возможности продолжать строительство, или период времени, в течение которого строительные работы были приостановлены. Хотя срок продления следует обоснованно соразмерять со временем, на которое приостановлены работы или в течение которого сохраняются препятствия, этот срок не во всех случаях должен быть одинаковым по продолжительности с периодом приостановки или временем существования препятствий. В некоторых случаях может быть целесообразно совсем не продлевать сроки завершения работ, в частности тогда, когда не затронуты критические строительные работы. Например, дополнительное время может быть необязательным в случае, когда приостановка работ на короткое время была вызвана неблагоприятными погодными условиями в начале осуществления долгосрочного строительства.

I5. Что касается определенных обстоятельств, которые дают право подрядчику на продление сроков завершения работ, но о которых может быть неосведомлен заказчик (например, обстоятельства, упомянутые в приведенном выше пункте I2 (c) и (e), то подрядчик обязан незамедлительно представить заказчику уведомление о возникновении таких обстоятельств. В любом случае, когда подрядчику предстоит продлить дополнительные строительные работы или когда подрядчику становится известно время приостановки строительства или существования препятствий, он обязан представить заказчику уведомление о продолжительности приемлемого с его точки зрения продления сроков. В случае если в течение установленного периода времени, начинающегося с момента предоставления подрядчиком такого уведомления заказчику, стороны не достигнут договоренности относительно продления сроков, которые предстоит определить, то любая сторона будет иметь право просить о разрешении спора с помощью процедур по урегулированию споров. Подрядчик будет обязан продолжать любые работы, на которые не распространяются обстоятельства, дающие ему право на продление сроков.

I6. Вопрос о продлении срока завершения работ в случае изменений в строительстве, внесенных заказчиком, и процедуры, которым в этой связи предстоит следовать, рассматриваются в главе "Статьи об изменении".

4. Доказательство завершения: пусконаладочные испытания

17. Когда строительство, по мнению подрядчика, завершено, он должен уведомить об этом заказчика, а также подрядчик обязан доказать путем успешных пусконаладочных испытаний, что строительство завершено. Цель таких испытаний состоит в том, чтобы продемонстрировать посредством визуального осмотра объектов и механического функционирования оборудования, что осуществленное подрядчиком строительство в целом было завершено в соответствии с контрактом (см. главу "Контроль и испытания"). Если во время таких испытаний обнаруживается отсутствие отдельных элементов, которое, однако, не препятствует опробованию объекта или не задерживает его пуск в эксплуатацию, то результаты испытаний следует признать успешными.

18. Если результаты пусконаладочных испытаний успешны, то строительство может считаться завершенным в срок, предложенный подрядчиком для начала испытаний, или, в другом случае, в срок успешного завершения испытаний. Вместе с тем, если последний из упомянутых сроков определен в качестве срока завершения работ, то в контракте следует предусмотреть, что если из-за возникших не по вине подрядчика препятствий испытания не могут быть закончены к сроку, предусмотренному в контракте, для завершения строительных работ, то в этом случае нельзя считать, что работу задерживает подрядчик.

19. Если пусконаладочные испытания не проведены в назначенное время или если результаты испытаний неудовлетворительны, то завершение работ не будет доказано. В контракт должны быть включены соответствующие требования о проведении испытаний в какой-либо более поздний срок или о повторном их проведении. Если для проведения пусконаладочных испытаний требуется соблюдение определенных формальностей (например, участие инспектирующей организации) и если испытания не могут быть проведены вследствие отсутствия возможности соблюсти эти формальности, и такое положение выходит за рамки срока, установленного в контракте для проведения испытаний, то по контракту подрядчику должно быть разрешено доказать завершение строительства любым другим способом (см. главу "Контроль и испытания").

C. Приемка

20. В контракте следует предусмотреть, что после завершения работ объект, если в нем нет серьезных дефектов, должен быть принят заказчиком (см. главу "Невыполнение обязательств"). В целом это должно быть подтверждено с помощью эксплуатационных испытаний (см. главу "Контроль и испытания"). Эксплуатационные испытания не следует проводить до тех пор, пока не подтвердятся успешные результаты пусконаладочных испытаний, если только заказчик не даст согласия на проведение эксплуатационных испытаний без проведения пусконаладочных испытаний. В некоторых случаях, однако, в контракте может быть разрешено объединять и проводить одновременно пусконаладочные и эксплуатационные испытания. В других случаях, когда это обусловлено характером строительства, проведение эксплуатационных испытаний может не потребоваться.

21. Даже когда эксплуатационные испытания прошли неудачно, заказчику тем не менее должно быть предоставлено право, если он того пожелает, принять объект. Такая приемка может быть осуществлена путем подписания всеми сторонами акта приемки (см. пункты 26 и 27, ниже).

22. Если для проведения эксплуатационных испытаний необходимо выполнить определенные формальности (например, обеспечить участие инспектирующей организации) и если испытания не могут быть проведены вследствие отсутствия возможности соблюсти эти формальности и такие обстоятельства продолжают существовать, выходя за рамки срока, установленного в контракте для проведения испытаний, то объект должен быть пущен в эксплуатацию. Эксплуатацию объекта в течение периода времени, равного периоду времени, установленному в контракте в качестве срока проведения эксплуатационных испытаний, следует считать за эксплуатационные испытания.

23. Если строительство различных частей объекта завершается в разное время и если эти части могут испытываться и использоваться независимо друг от друга, то каждая часть может быть принята по отдельности, в случае, если контрактом предусмотрено такое принятие по частям. В подобных случаях правила по завершению работ и приемке всего объекта в целом следует применять к завершению и приемке таких частей промышленного объекта. Вместе с тем, в некоторых случаях, когда в строительстве объекта принимают участие несколько подрядчиков, проведение испытаний или пуск в эксплуатацию оборудования, поставленного и установленного одним из этих подрядчиков до завершения строительства объекта в целом, могут быть неосуществимы. В таких случаях проведение эксплуатационных испытаний и приемка не могут состояться до тех пор, пока другие подрядчики не завершат строительства, и в контракте может быть предусмотрено, что заказчику следует принять часть объекта, завершенного подрядчиком.

I. Сроки приемки

24. В связи с тем, что приемка объекта имеет важные юридические последствия, в контракте должно быть четко указано, когда осуществляется приемка. Если эксплуатационные испытания прошли успешно, следует считать, что приемка происходит во время завершения испытаний, независимо от того, подписывает или нет заказчик протокол об эксплуатационном испытании (см. главу "Контроль и испытание") или осуществляет приемку путем подписания акта приемки. Если мнения сторон не совпадают в отношении того, прошли ли эксплуатационные испытания успешно или нет, и если испытания признаны успешными позже, то приемка произойдет во время завершения испытаний.

25. Если эксплуатационные испытания не проведены в установленный срок или если результаты испытаний неудовлетворительны, то обычно приемки не происходит, и в контракт следует включить соответствующие условия, по которым испытания должны быть перенесены на более поздний срок или проведены вновь, как возможный вариант (см. главу "Контроль и испытания"). Если отсроченные испытания не проведены по причинам, не зависящим ни от одной из сторон, то приемки не должно произойти до тех пор, пока не смогут быть проведены испытания, и их результаты не будут успешны, если только заказчик не примет решения принять объект, даже несмотря на то, что испытания не были проведены. Вместе с тем, в том случае, когда отложенные испытания не проводятся по причинам, зависящим от заказчика, то в контракте следует предусмотреть, что приемка произойдет тогда, когда подрядчик направит письменное уведомление заказчику в том, что приемка считается происшедшей. И если отсроченные испытания не проведены по причинам, зависящим от подрядчика, то приемка не должна иметь место, если только заказчик не решит принять объект даже несмотря на непроведение испытаний. В случаях, когда эксплуатационные испытания не являются необходимыми, приемка должна считаться осуществленной в то время, когда было доказано завершение строительства. Расхождения во мнениях относительно того, был ли принят объект и, если "да", то в какой срок, следует устранять с помощью процедур по урегулированию споров.

2. Акт приемки

26. Целесообразно, вероятно, включить в контракт требования по оформлению подписываемого обеими сторонами акта приемки, в котором заказчик подтверждал бы приемку объекта. Акту, скрепленному подписями обеих сторон, следует отдать предпочтение в сравнении с актом, подтверждающим приемку объекта в одностороннем порядке. Именно такой акт позволит свести до минимума споры по поводу самого факта, а также относительно сроков приемки объекта. Кроме того, с помощью акта приемки заказчик сможет засвидетельствовать приемку им объекта в случаях, когда приемка не произойдет никаким иным образом (пункт 2I, выше).

27. В акте приемки следует дать оценку результатам эксплуатационных испытаний, если не было возможности представить такие данные в протоколе об эксплуатационных испытаниях (см. главу "Контроль и испытания"), а также определить дату приемки. Обычно такой датой должна быть дата успешного завершения эксплуатационных испытаний. Кроме того, может быть целесообразно включить в акт график поставки элементов оборудования, которые, как обнаружилось в результате проведения пусконаладочных испытаний, отсутствовали (в случае, если такой график уже не включен в протокол о пусконаладочных испытаниях, см. главу "Контроль и испытания"), а также включить сроки для устранения дефектов, обнаруженных во время эксплуатационных испытаний. Если мнения сторон расходятся в отношении отдельных вопросов, таких, например, как вопрос о времени, предоставляемом для устранения обнаруженных дефектов, в акте следует отразить точку зрения обеих сторон. Подобные разногласия следует устранять с помощью процедур урегулирования споров.

3. Юридические последствия приемки

28. В контракте следует четко изложить юридические последствия приемки. Стороны могут прийти к договоренности о том, что в момент приемки возникают обязательства подрядчика сдать объект, а заказчика - принять его, и что риск убытков или ущерба объекту переходит от подрядчика к заказчику, а также о том, что начинает исчисляться срок гарантии качества. Кроме того, приемка может отрицательно сказаться на тех мерах воздействия, которыми располагает заказчик в отношении обнаруженных в объекте дефектов. Некоторые меры по устранению дефектов в объекте (например, снижение цены), могут быть использованы только в случае, если объект принят. Условия, по которым применимы другие меры воздействия (например, прекращение действия контракта), могут различаться в зависимости от того, принят объект или нет (см. главу "Невыполнение обязательств", пункты 55 и 69). Момент приемки может быть также связан с некоторыми другими вопросами, например, с оплатой части стоимости (см. главу "Цена").

29. После приемки объекта заказчиком подрядчик обязан незамедлительно передать объект осуществляющему принятие заказчику и покинуть строительную площадку.

30. В контракте рекомендуется предусматривать, что риск убытков или ущерба объекту, который еще не возложен на заказчика, переходит от подрядчика к заказчику одновременно с приемкой объекта. При некоторых обстоятельствах риск утраты или ущерба в период строительства может уже быть возложен на заказчика до приемки объекта, например при таких обстоятельствах, когда несколько подрядчиков наняты для строительства объекта (см. главу "Распределение риска убытков или ущерба"), или в том случае, когда завершенный объект принят заказчиком с целью опытно-промышленной эксплуатации до проведения эксплуатационных испытаний и приемки объекта (см. пункты 35 и 36, ниже).

31. Началом срока гарантии качества объекта следует, в общем, считать дату приемки объекта. Однако в некоторых случаях часть объекта, которая была завершена подрядчиком и принята заказчиком, не подлежит эксплуатации до завершения строительства и проведения эксплуатационных испытаний на других частях объекта. В этих случаях начало гарантийного срока может не совпадать с моментом приемки этой части объекта (см. главу "Невыполнение обязательств", пункты 30 и 31).

D. Принятие

32. В контракте следует предусмотреть, что принятие происходит тогда, когда какая-либо сторона вступает во владение оборудованием, материалами, предприятием в ходе строительства или по завершении строительства объекта, в зависимости от обстоятельств. Основным последствием принятия в случаях иных, чем принятие объекта заказчиком после его приемки (см. пункт 29, выше), является переход риска утраты или ущерба принятому имуществу от передающей стороны к принимающей стороне, за исключением тех случаев, когда принимающая сторона уже несет этот риск (например, в тех случаях, когда риск переходит в момент передачи оборудования первому перевозчику для передачи заказчику). Помимо этого, обязательство заказчика об уплате части стоимости может возникнуть по вступлении во владение некоторой частью имущества (см. главу "Цена").

I. Принятие объекта заказчиком

33. Помимо того, что в контракте может быть предусмотрено, что заказчик принимает объект в момент приемки им данного объекта, в нем может быть предусмотрено также принятие заказчиком имущества до приемки объекта.

Принятие объекта после завершения строительства одним или несколькими подрядчиками

34. Этот вопрос рассмотрен в пункте 23, выше.

Принятие объекта для опытно-промышленной эксплуатации

35. В некоторых контрактах на строительство промышленных объектов может содержаться соглашение, что опытную эксплуатацию объекта следует проводить после того, как объект вступил в строй, персонал заказчика полностью освоил эксплуатацию объекта и предприятие работает при нормальных эксплуатационных условиях. Такой подход может дать заказчику большую уверенность в том, что объект, эксплуатация которого осуществляется его собственным персоналом, действительно соответствует эксплуатационным стандартам, указанным в контракте. Это является нормальной практикой согласно контракту "продукция в наличности" (см. главу "Выбор вида контракта"), и она может быть рекомендована для любых других типов контрактов, согласно которым подрядчик берет на себя подготовку кадров заказчика для эксплуатации и технического обслуживания предприятия. Если стороны выберут такой подход, в контракте рекомендуется предусматривать, что принятие объекта должно осуществлятся после доказательства того, что строительство завершено, и в нем следует указать продолжительность периода опытной эксплуатации. Началом этого периода следует считать день принятия объекта. В контракте следует предусмотреть, что срок опытной эксплуатации прерывается на время любого перерыва в эксплуатации предприятия, за который несет ответственность подрядчик. Обычно эксплуатационные испытания следует проводить в конце периода опытной эксплуатации объекта.

36. В течение периода опытной эксплуатации объект рекомендуется эксплуатировать с помощью персонала заказчика под руководством и наблюдением персонала подрядчика. Издержки по оплате персонала подрядчика следует нести подрядчику, а другие издержки, связанные с эксплуатацией

объекта, - заказчику. Однако подрядчик обязан исправить все недостатки, выявленные в ходе опытной эксплуатации за свой счет, за исключением тех случаев, когда они были вызваны причинами, входящими в объем риска, который несет заказчик, или несоблюдением инструкции подрядчика со стороны персонала заказчика. Продукция предприятия в течение периода опытной эксплуатации принадлежит заказчику.

Принятие объекта в случае прекращения контракта

37. В случае невыполнения подрядчиком своих обязательств в соответствии с контрактом, право заказчика прекратить действие контракта ограничивается, в основном, незавершенной или содержащей брак частью объекта (см. главу "Прекращение договора", пункты 6-10). В этих случаях заказчику следует предоставлять право требовать передачи ему уже сооруженной части объекта, с тем чтобы строительство могло быть завершено или обнаруженные дефекты исправлены самим заказчиком или другим подрядчиком. Принятие незавершенной или содержащей дефект части объекта следует производить в течение короткого после прекращения контракта периода времени, который следует оговорить в контракте. Гарантийный срок в отношении части объекта, принятой заказчиком, следует считать с того времени, когда объект полностью завершен и пущен в эксплуатацию.

Принятие объекта в случае завершения строительства другим подрядчиком с уплатой издержек и принятием риска первым подрядчиком

38. Если по выбору заказчика завершение строительства производится другим подрядчиком при оплате издержек и принятии на себя риска первым подрядчиком (см. главу "Невыполнение обязательств", пункт 38), первого подрядчика следует обязать передать незавершенный объект, который должен принять заказчик. Моментом принятия объекта должен быть момент, когда данный подрядчик обязан приостановить строительство и покинуть строительную площадку (см. главу "Невыполнение обязательств", пункт 65).

2. Протокол о принятии

39. Во всех случаях принятия, отмеченных в пунктах 34-38, выше, рекомендуется, чтобы в контракт было включено требование об оформлении протокола о принятии, подписанного обеими сторонами, что будет означать принятие объекта заказчиком. В протоколе должен быть указан также день принятия и состояние объекта в момент принятия.

3. Принятие подрядчиком

40. В тех случаях, когда дефекты должны быть исправлены путем замены неисправного оборудования и материалов, или в тех случаях, когда действие контракта прекращено по причине дефекта в работе, на подрядчика может быть возложено обязательство принять неисправное оборудование или материалы, если они являются собственностью заказчика, и вывезти их со строительной площадки. Однако в некоторых случаях подрядчику может быть разрешено в соответствии с контрактом вывезти их со строительной площадки лишь после замены их новым оборудованием или материалами.

41. Если действие контракта прекращено подрядчиком ввиду невыполнения обязательств заказчиком, подрядчик может иметь право принять поставленные им и находящиеся во владении заказчика оборудование или материалы, если они не были оплачены заказчиком. Издержки, связанные с принятием оборудования или материалов, должен нести заказчик.

/A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3/

РАСПРЕДЕЛЕНИЕ РИСКА УБЫТКОВ ИЛИ УЩЕРБА*

РЕЗЮМЕ: В контракте следует ясно указывать, кто несет ответственность за риск убытков или ущерба, связанных с оборудованием и материалами, сооружением в ходе строительства и завершенными объектами, и каковы будут последствия от такого риска (пункты 1-4).

---

* Ранее эта глава имела название "Переход рисков".

Иногда стороны могут исключать из перечня рисков, ответственность за которые несет подрядчик, некоторые виды случайных происшествий или некоторые действия третьих лиц (так называемые "исключенные риски"). На практике такое исключение приводит к тому, что ответственность за "исключенные риски" возлагается на заказчика (пункт 8).

Определение момента перехода риска убытков или ущерба, связанных с оборудованием и материалами, доставленными подрядчиком для использования в строительстве, от подрядчика к заказчику может зависеть от того, кто будет владеть и охранять такое оборудование и материалы. Кроме того, важное значение имеют возможность застраховать оборудование и материалы и определение момента, когда может быть проверено состояние этого оборудования и материалов (пункты II-I6). Если только один подрядчик занят на строительстве всего объекта, то до его приемки или принятия заказчиком риск убытков или ущерба, причиненного сооружению в период его строительства и завершенным объектам, должен нести этот подрядчик (пункты 20 и 2I). Если же в строительстве объекта принимает участие несколько подрядчиков, то риск в отношении сооружения в период его строительства и завершенных объектов обычно несет заказчик (пункт 22).

Когда ответственность за риск несет подрядчик, ему следует вменить в обязанность урегулировать в кратчайшее время и за его счет вопросы убытков или ущерба. Если ответственность за риск лежит на заказчике, то подрядчика следует обязать, если того потребует заказчик, урегулировать за счет заказчика вопрос об убытках или ущербе по возможности быстрее и в удобное для него время (пункты 23-24).

Договор должен также предусматривать переход риска убытков или ущерба, связанные с оборудованием и материалами, поставляемыми заказчиком для объекта (пункты I7-I9), и распределение риска убытков или ущерба, связанных с оборудованием и строительными машинами подрядчика, используемыми в целях осуществления строительства (пункт 25).

* * *

A. Общие замечания

1. В период строительных работ физические убытки или ущерб, за которые ни одна из сторон не несет ответственности, могут быть причинены оборудованию или материалам, которые должны стать частью объекта, сооружению во время строительства или завершенным объектам, а также оборудованию и строительным машинам, которые используются подрядчиком в целях строительства. Такие убытки или ущерб могут быть причинены случайными происшествиями или действиями третьих лиц, за которые ни одна из сторон не несет ответственности. Степень вероятности возникновения таких убытков или ущерба обычно более высока в связи с контрактами на строительство, чем с некоторыми другими видами контрактов, потому что часто строительство представляет собой долгосрочный и сложный процесс. Поэтому желательно, чтобы в контрактах четко распределялся риск таких убытков или ущерба на период строительства, то есть определялась та доля ответственности за риск таких убытков или ущерба, которую будет нести каждая сторона. В случае когда ответственность за риск несет одна из сторон, она должна нести ответственность и за финансовые последствия от убытков или ущерба, возникших в результате ее ответственности за такой риск, и не может претендовать на компенсацию этих финансовых последствий за счет другой стороны.

2. Случайное происшествие или действие третьего лица, вызвавшие убытки или ущерб, могут оказаться также и причиной невыполнения своих обязательств стороной, ответственной за риск. Например, в результате проведения ремонтных работ на объекте, поврежденном бурей, подрядчик может оказаться неспособным выполнить своевременно свои обязательства о завершении строительства, и это может привести к убыткам для заказчика. Понесет ли сторона, не выполнившая своих обязательств, ответственность за такой ущерб, будет зависеть от того, является ли это случайное происшествие или действие третьего лица той помехой, которая освобождает эту сторону от ответственности (см. главу "Освобождение от ответственности").

3. В различных правовых системах вопрос об ответственности за риск убытков или ущерба решается по-разному, и некоторые правовые нормы могут не отвечать требованиям контракта на строительство объекта, например правило о том, что ответственным за риск является владелец имущества. По некоторым другим правовым системам ответственность за риск убытков или ущерба, причиненного имуществу, может переходить на заказчика до его передачи, когда его принадлежность четко определяется в контракте путем упоминания соответствующих меток, ордеров на отгрузку, направляемых заказчику, или другими средствами. Кроме того, правовые нормы могут предусматривать, что оборудование и материалы, использованные в строительстве сооружения, являются его составной частью, и что эти нормы, регулирующие вопрос об ответственности за риск в отношении сооружения, распространяются и на использованные в строительстве оборудование и материалы. Однако в принципе многие правовые системы позволяют с некоторыми оговорками сторонам договариваться о том, кто несет ответственность за риск.

4. Стороны, решая вопрос о распределении между сторонами риска убытков или ущерба, могут пожелать рассматривать взаимосвязь различных факторов. Таким образом, может оказаться более предпочтительным возложить ответственность за риск на сторону, которая обязана охранять имущество, так как это может снизить возможность появления спорной ситуации относительно того, были ли причинены убытки или ущерб в результате неспособности обеспечить соответствующую охрану имущества или причиной этого были случайные происшествия или действия третьего лица, которые не могли быть предотвращены. Может оказаться также желательным возложить ответственность за риск на сторону, способную застраховать товары самым дешевым способом, или на сторону, которая при обычной практике, касающейся контрактов на строительство объектов, обеспечит страхование против упомянутых убытков или ущерба или которая находится в лучшем положении для защиты своих интересов перед страховщиком (см. главу "Страхование"). Может также оказаться предпочтительным возложить ответственность за риск на сторону, которая сможет наилучшим образом сохранить и распорядиться поврежденным имуществом.

5. В дополнение следует отметить, что обычно нежелательно предусматривать в контракте более чем одноразовый переход риска между участвующими сторонами в отношении одного и того же риска (например, от заказчика к подрядчику и затем от подрядчика к заказчику). Многоразовый переход риска создает вероятность возникновения трудностей и неопределенности в отношении того, кто же несет ответственность за риск.

6. Финансовые последствия ответственности за риск могут быть значительно облегчены при условии, что риск застрахован. Однако, поскольку некоторые риски, связанные с производством работ по контракту, невозможно застраховать на разумных условиях, следует заметить, что сторону можно заставить взять ответственность за некоторые риски, от которых она не застрахована (см. главу "Страхование").

7. Риск, ответственность за который несет подрядчик, может включать убытки или ущерб, причиненный оборудованию и материалам, которые должны составить часть объекта сооружению в ходе его строительства и завершенным объектам, вплоть до принятия заказчиком. От типа данного контракта на строительство может зависеть, несет ли подрядчик ответственность за риск в связи со всем перечисленным или же только за часть его.

8. Иногда стороны могут исключать из перечня рисков, за которые несет ответственность подрядчик, риски убытков или ущерба, причиненного некоторыми происшествиями. На практике часто исключаются риски убытков или ущерба, причиненных войной, восстанием, другими военными действиями, бунтами (но только не персоналом подрядчика или его субподрядчика), ядерным горючим или его отходами, волнами сжатия воздушных судов, землетрясением или наводнением. К такому исключению обычно прибегают только в случаях,когда убытки или ущерб причинены такими событиями в стране, где объект будет строиться. Однако, если ответственность за такие риски в отношении убытков или ущерба оборудованию или материалам подрядчика, причиненных такими происшествиями даже за пределами страны, где ведутся строительные работы, несет заказчик, то в контракте следует четко указать, с какого момента начинается ответственность заказчика за такие риски (например, с момента передачи оборудования и материалов первому перевозчику для доставки на строительную площадку).

9. В некоторых контрактах на строительство объектов масштаб риска, ответственность за который несет сторона, ограничивается только риском убытков или ущерба, причиненных природными явлениями (например, наводнениями, бурями), и распределение риска убытков или ущерба, причиненных третьим лицом, за которые ни одна из сторон не несет ответственности, оставляется на усмотрение применимого закона. Однако такой подход может оказаться нежелательным, потому что на практике часто возникают ситуации, когда не ясно, были ли убытки или ущерб причинены случайным происшествием или таким третьим лицом.

10. В случае, когда оборудование, материалы, сооружение в период строительства или завершенные объекты находятся во владении подрядчика, а ответственность за риск убытков или ущерба этому имуществу несет заказчик, желательно предусмотреть, чтобы подрядчик принял все разумные меры предосторожности для предотвращения или минимального сокращения таких убытков или ущерба. Следует также вменить в обязанность подрядчику должным образом уведомлять заказчика об имеющих место убытках или ущербе I/.

B. Оборудование и материалы, поставляемые подрядчиком для использования в строительстве объектов

11. Момент, когда риск должен перейти от подрядчика заказчику, может зависеть от того, кто является владельцем оборудования и материалов и кто отвечает за их сохранность. К тому же следует избегать перехода риска в момент, когда существует только ограниченная возможность проверки состояния оборудования и материалов. Если в момент перехода риска оборудование и материалы должным образом не проверены, а позже обнаружится, что им причинены убытки или ущерб, может оказаться трудным определить, когда эти убытки или ущерб были причинены и кто несет ответственность за риск.

12. Вид контракта на строительство объекта также может облегчать определение момента перехода риска. Если ответственность за все строительные работы возложена только на одного подрядчика (в частности, при контракте на строительство объекта "под ключ"), то ответственность за риск убытков или ущерба, причиненного оборудованию и материалам, используемым в производстве в период строительства, должен нести подрядчик. Если в таких случаях ответственность за риск в любое время строительства несет заказчик, а объект не отвечает эксплуатационным требованиям, предусмотренным в контракте, могут возникнуть споры относительно того, произошло ли это из-за убытков или ущерба, причиненных оборудованию или материалам, ответственность за которые несет заказчик, или это произошло из-за неудовлетворительной работы подрядчика.

13. Если, однако, стороны контракта на строительство объекта "под ключ" договорятся о том, что ответственность за риск на период строительства будет нести заказчик, они могут уменьшить упомянутые в предыдущем пункте трудности посредством оговорки о том, что подрядчик ответственен за несоответствие объекта эксплуатационным требованиям, предусмотренным в контракте, если он не докажет, что это несоответствие явилось следствием убытков или ущерба, ответственность за риск которых была возложена на заказчика, и что он о таких убытках или ущербе должным образом информировал заказчика, когда он их обнаружил или должен был обнаружить.

I4. Если несколько подрядчиков участвуют в строительстве, момент перехода риска убытков или ущерба, причиненного оборудованию и материалам, от подрядчика к заказчику может зависеть от того, следует ли персоналу данного подрядчика присутствовать в момент доставки на строительной площадке. В случае, если персонал подрядчика должен присутствовать и принять оборудование и материалы, которые должны остаться в собственности подрядчика до того момента, когда они будут использованы в строительстве, стороны по желанию могут договориться о том, что подрядчик должен нести ответственность за риск до тех пор, пока оборудование не будет использовано 2/.

I5. Но в случае, если персонал подрядчика не присутствует на строительной площадке в момент доставки, и оборудование и материалы принимаются и складируются заказчиком до их использования подрядчиком для строительства, риск в надлежащее время переходит на заказчика, и он несет за него ответственность. Стороны могут по желанию рассмотреть, какие из перечисленных ниже случаев могут быть подходящим моментом для перехода риска к заказчику:

a) момент, когда оборудование и материалы вручаются первому перевозчику для передачи заказчику в соответствии с контрактом или действительно переходят за борт судна в согласованном порту отгрузки,

b) момент завершения таможенных формальностей на границе страны, из которой экспортируются оборудование и материалы, или

c) момент, когда оборудование и материалы принимаются заказчиком или поступают в распоряжение заказчика на строительной площадке 3/.

I6. Альтернативный подход заключается в том, чтобы предусмотреть переход риска согласно соответствующему правилу Международных правил толкования торговых терминов (ИНКОТЕРМЫ) Международной торговой палаты, применимого к одному из торговых терминов (например, сиф или фоб), выбранных сторонами в контракте 4/.

C. Оборудование и материалы, поставляемые заказчиком для использования в строительстве объектов

I7. В соответствии с некоторыми контрактами на строительство объектов заказчик обязуется поставлять оборудование и материалы, подлежащие использованию подрядчиком в строительстве объектов. В этих случаях в контракте должно быть четко указано, какая из сторон несет ответственность за риск убытков или ущерба, нанесенных такому оборудованию или материалам.

I8. Стороны могут пожелать договориться о том, что, если персонал подрядчика присутствует на строительной площадке в момент поставки заказчиком и подрядчик несет ответственность за риск в отношении строящегося сооружения и завершенных объектов до их приемки, риск в отношении поставленного оборудования и материалов переходит от заказчика к подрядчику в момент, когда они принимаются подрядчиком. Если подрядчик не принял их, риск может перейти с того момента, когда подрядчик задерживает их приемку. Преимущество этого подхода в том, что, если после завершения строительства будет иметь место связанное с таким оборудованием или материалами несоответствие в эксплуатации объектов с требованиями, предусмотренными контрактом, это может уменьшить возможность споров между сторонами в том, что касается причины такого несоответствия. Преимущество этого подхода меньше в том случае, когда заказчик несет ответственность за риск в отношении строящегося сооружения и завершенных объектов. В таком случае этот подход приводит к двойному переходу риска (от заказчика к подрядчику и от подрядчика к заказчику, когда оборудование и материалы становятся частью сооружения). Более того, может оказаться, что возможность споров относительно причины несоответствия объектов эксплуатационным требованиям не будет значительно сокращена, поскольку заказчик несет ответственность за риск в отношении такого оборудования и материалов после их использования в сооружении. Соответственно, стороны должны обсудить, должна ли ответственность за риск оставаться на заказчике или она должна перейти к подрядчику.

I9. В случае, когда из-за того, что персонал подрядчика не окажется на строительной площадке в момент поставки, стороны договорились, что риск в отношении поставляемого подрядчиком оборудования и материалов переходит на заказчика в момент такой поставки или до того, когда они поставлены на строительную площадку (см. пункт I5, выше), было бы целесообразно предусмотреть, чтобы риск в отношении оборудования и материалов, которые должен поставить заказчик, также оставался на заказчике.

D. Строящееся сооружение и завершенные объекты

20. В случаях, когда нанят только один подрядчик для строительства всех объектов (в частности, в случае контракта "под ключ"), рекомендуется, чтобы в контракте было предусмотрено, что подрядчик несет ответственность за риск убытков и ущерба, нанесенного строящемуся сооружению и завершенным объектам до их приемки (см. главу "Завершение строительства, приемка и принятие"). Как уже указывалось в пункте 12, выше, этот подход может предотвратить споры относительно того, объясняется ли несоответствие объектов эксплуатационным требованиям, предусмотренным в контракте, дефектом, за который несет ответственность подрядчик, или убытками и ущербом, ответственность за риск которых нес заказчик.

21. Момент приемки будет зависеть от содержащихся в контракте положений, регулирующих этот вопрос. Если в контракте не предусматривается, что приемка производится автоматически в определенных ситуациях, и содержится требование о производстве приемки заказчиком и если заказчик не произвел приемку, риск может перейти в тот момент, когда заказчик задерживает приемку. В случае, когда должна производиться опытная эксплуатация до приемки объектов, в контракте может быть предусмотрен переход риска в момент принятия объектов заказчиком (см. главу "Завершение строительства, приемка и принятие").

22. Если в строительстве участвуют два или более подрядчика и заказчик должен координировать строительство в целом (см. главу "Выбор типа договора"), может оказаться целесообразным предусмотреть, чтобы заказчик нес риск убытков или ущерба, которые могут быть нанесены сооружению в ходе строительства. Может оказаться нереальным или даже невозможным, чтобы каждый подрядчик нес риск в отношении части сооружения, поскольку при строительстве определенной части может быть использовано оборудование и материалы, поставленные более чем одним подрядчиком, или при строительстве могли быть использованы оборудование и материалы, поставленные одним подрядчиком, и услуги, поставленные другим подрядчиком. Тем не менее в случаях, когда один из подрядчиков должен координировать строительство (например, подрядчик по контракту на строительство объекта "полу-под ключ") риск убытков и ущерба, наносимых сооружению, может нести подрядчик, а не заказчик.

E. Последствия ответственности за риск

23. В тех случаях, когда подрядчик несет ответственность за риск убытков и ущерб, причиненных поставленному им оборудованию и материалам, которые должны быть использованы при строительстве объектов, в строящемся сооружении и в завершенных объектах до их приемки, его следует обязать компенсировать за свой счет и как можно скорее убытки и ущерб, охватываемые таким риском. В целях возмещения убытков или ущерба подрядчику следует за свой счет заменить имущество, которое было утрачено или отремонтировать имущество, которому был нанесен ущерб. В тех случаях, когда подрядчик несет ответственность за риск убытков и ущерба, нанесенного поставленному заказчиком оборудованию или материалам, заказчика следует обязать, если того потребует подрядчик, урегулировать вопрос об убытках или ущербе за счет подрядчика, как только заказчику будет удобно сделать это (например, с учетом его других обязательств).

24. В тех случаях, когда заказчик несет ответственность за риск убытков и ущерба, нанесенных поставленному подрядчиком имуществу, такие убытки и ущерб не должны освобождать его от его обязательства уплатить приемлемую цену в отношении утраченного или поврежденного имущества. Однако, если такие убытки или ущерб будут иметь место в ходе строительства, заказчика следует обязать возможно скорее урегулировать вопрос об убытках и ущербе. Но, поскольку имущество было поставлено подрядчиком, заказчик может предпочесть обязать подрядчика урегулировать вопрос об убытках и ущербе за счет заказчика. Это обязательство следует ограничить только теми случаями, когда заказчик просит подрядчика урегулировать вопрос об убытках или ущербе до истечения гарантийного срока. Подрядчик должен иметь право на компенсацию всех разумных расходов, понесенных им с целью урегулирования вопроса об убытках или ущербе. Его следует обязать урегулировать вопрос об убытках и ущербе по возможности скорее и в удобное для него время (например,с учетом его других обязательств). В качестве альтернативы этому подходу может служить предоставление заказчику права отдать распоряжение подрядчику об урегулировании вопроса об убытках или ущербе, допускающем внесение изменений. В тех случаях, когда подрядчик регулирует вопрос об убытках и ущербе, при изменениях применялись бы положения об урегулировании цен и продлении сроков строительства (см. главу "Оговорки об изменениях").

F. Оборудование и строительные машины подрядчика, используемые для осуществления строительства

25. Подрядчик доставляет оборудование и строительные машины на строительную площадку для использования только в целях осуществления строительных работ. Риск убытков или ущерба, которые могут быть нанесены такому имуществу, должен нести только подрядчик, и он не должен переходить к заказчику. В контракте можно предусмотреть, что оборудование и машины могут быть в определенных ситуациях использованы заказчиком или лицом, нанятым им, в целях строительства. Но даже в этих случаях может оказаться целесообразным, чтобы ответственность за риск нес подрядчик при условии, что машины и оборудование используются, как это предусмотрено, в соответствии с контрактом. Однако, если они используются заказчиком без согласия подрядчика или неподобающим образом, или если заказчик задерживает их возвращение, риск должен нести заказчик. Заказчика следует обязать возместить подрядчику финансовые последствия убытков или ущерба, нанесенных машинам и оборудованию.

1/ Примерное положение

"В строительных работах и при выполнении любого другого обязательства по контракту, касающегося оборудования и материалов, строящегося сооружения и завершенных объектов, подрядчик принимает все разумные меры предосторожности для предотвращения убытков или ущерба, ответственность за риск которых несет заказчик, и сведения до минимума размера таких убытков или ущерба. Подрядчик должным образом уведомляет заказчика о любых таких убытках или ущербе, после того как он обнаружит или должен обнаружить их".

2/ Примерные положения

"1) Подрядчик несет ответственность за риск убытков или ущерба, нанесенного по какой бы то ни было причине оборудованию и материалам, поставленным им до момента их использования в строительстве объектов.

2) Однако риск, который несет подрядчик, не распространяется на любые убытки или ущерб, причиненные заказчиком или любым лицом, нанятым им /или причиненные... (здесь указываются "исключенные риски"; см. пункт 8, выше) в стране, где расположены сооружаемые объекты/."

3/ Примерные положения

"1) Риск любых убытков или ущерба, нанесенных по какой бы то ни было причине оборудованию и материалам, поставляемым подрядчиком для использования для строительства, переходит от подрядчика к заказчику в момент, когда
/оборудование и материалы передаются первому перевозчику для передачи заказчику в соответствии с контрактом/
/оборудование и материалы действительно переходят за борт судна в согласованном порту отгрузки/
/таможенные формальности выполняются на границе страны, из которой в соответствии с контрактом должны экспортироваться оборудование и материалы/
/оборудование и материалы принимаются заказчиком или поступают в распоряжение заказчика на строительной площадке/.

2) Идентично сноске 2, пункт 2, выше.

4/ Примерное положение

"Оборудование и материалы, поставляемые подрядчиком для использования на объектах, доставляются на основе /ФРАНКО-ВАГОН... (названный пункт отправки)/, /ФРАНКО-ГРУЗОВИК... (названный пункт отправки)/, /ФАС... (названный порт отгрузки)/, /ФОБ... (названный порт отгрузки)/, /КАФ... (названный порт назначения)/, /СИФ... (названный порт назначения)/, /Фрахт/перевозка оплачены до ... (названный пункт назначения)/, /Франко/перевозка и страхование оплачены до ...(названный пункт назначения)/, /Франко-строп судно... (названный порт назначения)/, /Франко-пристань (пошлина уплачена... названный порт)/, /Доставлено до границы... (названное место доставки на границе)/, /Доставлено с оплатой пошлины в ... (названное место назначения в стране, в которую ввозится груз)/, и момент, когда риск переходит от подрядчика к заказчику, определяется в соответствии с Международными правилами толкования торговых терминов (ИНКОТЕРМЫ Международной торговой палаты, действующими в день заключения настоящего контракта. (ИНКОТЕРМЫ, пересмотренные в 1980 году, содержатся в документе ICC № 350).

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4]

СТРАХОВАНИЕ

РЕЗЮМЕ: В контракте должно содержаться требование о страховании имущества и страховании ответственности (пункты I и 2). В нем должны быть точно указаны риски, от которых необходимо страховать, сторона, обязанная обеспечить страхование, стороны и другие юридические лица, которые должны быть названы в качестве застрахованных сторон, страховая сумма, применимая франшиза или эксцедент и период, охватываемый страхованием.

Страхование имущества должно охватывать страхование от убытков и ущерба, причиненных сооружению в ходе строительства и завершенным объектам (пункты II-I8), оборудованию или материалам, используемым в производстве (пункты I9-22), и машинам и оборудованию подрядчика (пункт 23). В тех случаях, когда подрядчик должен нести ответственность за риск убытков или ущерба, нанесенного всему сооружению в ходе строительства и завершенным объектам, и в некоторых случаях, когда подрядчик ответственен за координацию строительства, осуществляемого другими подрядчиками, его следует обязать обеспечить страхование, охватывающее все сооружение и объекты, и сохранять страхование в силе (пункт I2). Подрядчик должен быть указан в качестве застрахованной стороны, если он несет ответственность за риск убытков или ущерба сооружению и объектам; следует также указать заказчика в качестве застрахованной стороны в случае возможного перехода на него риска убытков или ущерба до приемки (пункт I3).

В отношении рисков, от которых необходимо застраховать, было бы целесообразно, чтобы в контракте содержалось требование о всеобъемлющем полисе, страхующем от убытков и ущерба, явившихся результатом всех рисков, кроме тех, исключение которых оговорено в данном полисе. В контракте должно содержаться также точное требование обеспечения страхования от убытков и ущерба, проистекающих от тех из исключенных рисков, которые могут иметь отношение к данному контракту (пункты I4-I5). Контракт может содержать требование о том, чтобы страхование компенсировало не только убытки или ущерб, нанесенный сооружению и объектам, но и такие потери, как упущенные прибыли и увеличенные расходы по использованию кредита. В контракте следует потребовать, чтобы страхование компенсировало расходы на ремонтные работы или возмещение утерянных или поврежденных частей сооружения или объектов и связанного с этим вознаграждения специалистов (пункты I7 и I8).

Контракт может содержать аналогичные требования в отношении страхования, покрывающего оборудование и материалы, которые должны стать частью объектов (пункты I9-22), и машины и оборудование подрядчика (пункт 23).

Страхование ответственности должно включать страхование ответственности подрядчика за убытки или ущерб, причиненный имуществу заказчика или третьего лица, и за ущерб любому лицу, который может быть нанесен в ходе реализации подрядчиком контракта, включая действия или упущения со стороны его персонала и субподрядчиков, а также обязательства по возмещению убытков или другие обязательства, принятые подрядчиком в соответствии с контрактом (пункты 24-32).

Контракт может также обязать подрядчика обеспечить конкретные виды страхования ответственности, такие как страхование ответственности за качество продукции (пункт 25), страхование профессиональной ответственности (пункт 26), страхование ответственности, связанной с эксплуатацией транспортных средств (пункт 28), и страхование компенсации рабочим и служащим за увечья, причиненные в ходе работ (пункт 29). Необходимо, чтобы страхование ответственности уже имело силу до момента начала строительства и должно охватывать потери, убытки и ущерб, которые могут иметь место в течение строительства и гарантийного периода (пункт 31).

Контракт должен обязать подрядчика представить заказчику соответствующие подтверждения того, что страхование, которое подрядчик обязан обеспечить, действительно имеет силу (пункт 33). В случае, если подрядчик не обеспечит требуемое страхование, у заказчика должна быть возможность получить страховку и удержать связанные с этим расходы из сумм, причитающихся подрядчику, или получить от подрядчика эти суммы (пункт 34). Если заказчик, из-за отсутствия согласия подрядчика, не может получить страховку, которую подрядчик не обеспечил, заказчик должен иметь право прекратить действие контракта (пункт 35).

* * *

A. Общие замечания

1. Вследствие рисков потерь, ущерба и повреждений, проистекающих из большого числа потенциальных рисков в ходе строительства промышленных объектов, и возможных финансовых последствий таких рисков, принято, чтобы контракт на строительство содержал требование об оформлении страхования от таких рисков. Правительства, которые являются подрядчиками, а также кредиторами, часто требуют такого страхования. В этой главе рассматриваются только такие виды страхования, обеспечить которые контракт может и должен обязать одну из сторон. В ней не рассматриваются виды страхования, которые может пожелать одна из сторон или которые требуются в соответствии с законодательством, но которые обычно одна из сторон не обязательно должна обеспечивать по контракту.

2. Контракты на строительство объектов обычно содержат положения, касающиеся:

a) страхования имущества с целью страхования от убытков и ущерба, нанесенных завершенным объектам сооружению в ходе строительства, оборудованию и материалам, которые должны стать частью объектов, и машинам и оборудованию подрядчика. Это страхование предусматривает страхование имущества, принадлежащего застрахованной стороне, и имущества, в котором она по какой-либо другой причине имеет страховой интерес (то есть имущество, в отношении которого она несет ответственность за риск убытков и ущерба);

b) страхование ответственности с целью страховать ответственность подрядчика за потери, убытки или ущерб, связанные с выполнением им контракта, а также его обязательства возмещения убытков, данного им заказчику в соответствии с контрактом.

3. Тот факт, что одна из сторон обеспечила страхование, покрывающее определенные риски, не должен служить ограничением ответственности и обязательств этой стороны по контракту даже в том случае, если контракт требует от него страхования от таких рисков. Это должно быть особо оговорено в контракте.

4. Содержащиеся в контракте положения о страховании должны точно определять риски, от которых должны застраховаться, а также сторону, которая обязана обеспечить страхование, стороны и других юридических лиц, которые должны быть определены в качестве застрахованных сторон, страховую сумму, франшизу или эксцедент, если они будут иметь место, применимые в отношении каждого риска (то есть сумму финансовых убытков, которые застрахованный должен нести сам, при этом страховщик по страховому полису производит компенсацию только в размере превышения убытков над такой суммой), и период, охватываемый страхованием. В силу сложного и зачастую уникального характера проектов строительства промышленных объектов страховое покрытие обычно приходится приспосабливать к конкретным условиям проекта.

5. Стороны должны отдавать себе отчет в том, что вид страхования или страховая сумма, которые могут быть предоставлены, будут ограничены тем, что имеется в наличии на страховом рынке. Может не оказаться в наличии какого-то покрытия, которое одна из сторон сочла бы желательным. Другое покрытие можно будет получить только ценой таких затрат, которые могут оказаться в отдельном проекте экономически неоправданным. Следовательно, при разработке положений о страховании стороны должны принимать во внимание возможность получения ожидаемого покрытия по приемлемым ставкам.

6. Требуемая контрактом страховая сумма и объем рисков, от которых производится страхование, не должны превышать размеры, в которых они необходимы или экономичны в соответствии с условиями проекта. Заказчики должны сознавать, что даже, если подрядчик обеспечивает и оплачивает страхование, расходы по страхованию обычно в конечном счете несет заказчик. Например, в контракте с твердой ценой расходы на страхование, обеспечиваемые подрядчиком, будут отражены в назначенной им цене; по контракту, предусматривающему возмещение расходов, эти расходы будет нести непосредственно заказчик. Чрезмерно высокая страховая сумма, требуемая заказчиком, излишне увеличит цену, которую он должен платить. Более того, в контракте с твердой ценой навязывание подрядчику чрезмерных расходов по страхованию может побудить его сократить другие расходы, с тем чтобы сохранить притягательность своих цен или своей нормы прибыли. Такая практика могла бы неблагоприятно повлиять на качество выполняемых для заказчика работ. В случаях, когда предполагается, что подрядчик должен будет обеспечить определенные виды страхования, заказчик может пожелать рассмотреть, выгодно ли ему в финансовом отношении обеспечить страхование самому, а также целесообразно договориться о том, что различные виды страхования должны предусматривать франшизы или эксцедентное перестрахование в разумных пределах с учетом характера и размеров рисков, о которых идет речь.

7. Целесообразно, чтобы программа страхования для сооружения в течение строительства и завершенных объектов координировалась в максимально возможной степени. Наличие многочисленных отдельных полисов, охватывающих различные риски и различные стороны и выданных различными страховщиками, возможно, в различных странах, часто приводит к дублированию страхования от некоторых рисков и пробела в отношении страхования от других рисков. Часто целесообразно иметь единый полис, охватывающий возможно большее число рисков и сторон. В случаях, когда необходимы отдельные полисы,может оказаться желательным, чтобы они выдавались одним и тем же страховщиком. Что касается программы страхования, то, как правило, удается добиться большей степени координации в контракте "под ключ", чем в случае участия нескольких подрядчиков.

8. Стороны должны принимать во внимание любые императивные нормы законодательства, касающегося страхования в связи со строительством промышленных объектов. Например, законодательство некоторых стран требует, чтобы страхование, покрывающее потери, убытки или ущерб, имеющие место в связи со строительством объектов в этих странах, осуществлялось страховыми компаниями в этих странах (см. также пункт 27, ниже).

B. Страхование имущества

9. В контракте должно содержаться требование о страховании от убытков и ущерба, причиненных завершенным объектам, строящемуся сооружению, оборудованию и материалам, являющимся частью объектов и машинам и оборудованию подрядчика. Это страхование должно покрывать убытки или ущербы, возникающие в результате естественных причин и действий и упущений лиц, за которых ни одна из сторон не несет ответственности.

I0. За исключением ограниченного объема страхования от убытков и ущерба, нанесенного завершенным объектам, строящемуся сооружению и оборудованию и материалам, не компенсирует расходов на ремонт или замену неисправного оборудования или материалов, поставленных подрядчиком, или частей сооружения или объектов, построенных им с дефектами. Кроме того, страхование обычно не распространяется на убытки или ущерб сооружению или объектам, явившиеся результатом ошибок или неточности в проекте. Однако страхование часто компенсирует ремонт или замену частей сооружения или объектов и оборудования и материалов, если они не относятся к числу неисправных или спроектированных или построенных с дефектами. Убытки и ущерб, причиной которых явились ошибки в проектировании, могут быть покрыты страхованием профессиональной ответственности (см. пункт 26, ниже). Следует отметить, однако, что страхование профессиональной ответственности обычно покрывает только убытки или ущерб, явившиеся следствием небрежности в проектировании, в то время как исключение из страхования имущества убытков и ущерба, возникших в результате ошибок в проектировании, может распространиться даже на убытки и ущерб в результате дефектов, причиной которых не была небрежность. Таким образом, покрытие убытков и ущерба сооружению и объектам, явившихся следствием неточности в проектировании, в большинстве случаев будет неполным.

I. Страхование строящегося сооружения и завершенных объектов

II. Необходимо, чтобы страхование, покрывающее сооружение в ходе строительства и завершенные объекты, охватывало также временные сооружения и вспомогательные сооружения для объектов, такие как помещения для административных и эксплуатационных нужд. В контракте должно быть оговорено, что это страхование покрывает сооружение и объекты вплоть до приемки объектов заказчиком. После приемки объекты должны быть, разумеется, охвачены страхованием, оформленным заказчиком; однако нет необходимости включать в контракт особую оговорку с этой целью.

I2. Если речь идет о контракте "под ключ" и других видах контрактов, в которых подрядчик несет ответственность за риск убытков и ущерба, причиненных всему сооружению в течение строительства и завершенным объектам до их приемки, контракт должен обязать подрядчика обеспечить страхование от убытков и ущерба сооружению и объектам и сохранять эту страховку в силе. В тех случаях, когда для поставок строительства объектов (см. главу II "Выбор вида контракта"), выбран контракт "под ключ" на условиях "полу- под ключ" или "частично под ключ" или заключаются отдельные контракты, нецелесообразно каждому подрядчику обеспечивать страхование, покрывающее только часть сооружения и объектов, поставляемых и сооружаемых им. Это могло бы привести к дублированию издержек на страхование и осложнить удовлетворение требования о возмещении убытков и ущерба, касающегося двух или более подрядчиков. Следовательно, в таких случаях заказчик обычно обеспечивает страхование от убытков и ущерба, охватывающее сооружение и объекты в целом. Однако в тех случаях, когда один подрядчик должен координировать выполнение строительных работ, осуществляемых другими подрядчиками, он может быть обязан обеспечить и сохранять в силе страхование до приемки заказчиком.

I3. В контракте должно быть оговорено, кого следует указать в страховом полисе в качестве застрахованных сторон. Если риск убытков и ущерба, причиненных сооружению в ходе строительства и завершенным объектам до момента приемки, несет подрядчик, то он должен быть указан в качестве одной из застрахованных сторон. В тех случаях, когда риск убытков и ущерба может перейти к заказчику до приемки (см. главу XIУ "Завершение строительства, сдача и приемка"), заказчик также указывается в качестве одной из застрахованных сторон. В тех случаях когда заказчик должен нести риск убытков и ущерба в отношении всего сооружения в течение строительства (см. главу XXIX "Переход рисков"), он должен быть застрахованной стороной.

I4. Могут быть различные подходы в отношении рисков, застраховать от которых необходимо в соответствии с контрактом путем страхования имущества. Один подход может заключаться в том, чтобы точно указать в контракте, что страхование должно предусматривать все убытки и ущерб, проистекающие из любого риска. Тем не менее стороны должны сознавать, что страхование, удовлетворяющее такое всеобъемлющее требование, едва ли осуществимо. В страховых полисах, даже тех, которые обозначаются как страхование от всех рисков, обычно исключаются риски убытков и ущерба, связанные с различными опасностями.

I5. Некоторые страховые компании предоставляют всеобъемлющий страховой полис, который обеспечивает страхование убытков и ущерба в результате всех причин, за исключением некоторых особо оговариваемых рисков, таких как износ, взрывы, механические поломки или аварии электросети (поскольку в таких случаях это касается непосредственного повреждения части сооружения или объектов) и действие ударных волн в результате полетов самолетов. Страхование от убытков и ущерба в результате некоторых из исключенных рисков, таких как убытки и ущерб, связанные с установкой и использованием оборудования на строительстве объектов (например, взрыв, авария в электросети или механические поломки), может быть специально оговорено в полисе или с помощью отдельного полиса за дополнительную плату. Если желательно, чтобы контракт содержал требование об обеспечении всеобъемлющего страхового полиса на страхование имущества, стороны должны тщательно рассмотреть, исключает ли этот полис какие-либо опасные случайности, заключающие в себе риски, от которых следует застраховать, с учетом характера осуществляемого в соответствии с контрактом строительства. Было бы предпочтительнее, чтобы в контракте содержалось требование о всеобъемлющем страховом полисе, касающемся страхования имущества, и дополнительном страховании от рисков, проистекающих из случайностей, исключенных из всеобъемлющего полиса, нежели пытаться перечислить в контракте конкретные риски, которые должны охватываться страхованием.

I6. По условиям контракта риски, проистекающие от некоторых опасностей (так называемые "исключенные риски"), могут быть исключены из перечня рисков, ответственность за которые несет подрядчик (см. главу XXIV "Переход рисков"). Если в договоре будет принят такой подход, было бы, по возможности, желательно при страховании, которое подрядчик должен обеспечить, оформить страховку даже от рисков, возникающих из таких исключенных опасностей. В противном случае заказчик будет вынужден получить отдельное страхование против этих рисков. Такое разделение страхования может привести к различным упущениям или к ненужному дублированию страхования и повышению страховых расходов. Более того, в случае каких-либо убытков или ущерба может возникнуть требующий времени и денег спор относительно того, были ли данные убытки или ущерб застрахованы по страховке, оформленной подрядчиком, или же по страховке, оформленной заказчиком.

I7. При страховании сооружения на период его строительства и завершенных объектов убытки или ущерб, нанесенные собственности, обычно компенсируются без каких-либо оговорок. Не компенсируются, как правило, другие виды убытков. Не компенсируются, например, такие убытки, как потеря прибылей или дополнительные расходы, вызванные повышением ссудного процента, то есть возникшие вследствие того, что из-за убытков или ущерба, причиненных промышленному объекту, работы на нем не могли быть закончены вовремя. Однако такие потери могут быть компенсированы путем особой оговорки или отдельного полиса; если заказчик желает иметь такую гарантию, то в подобных случаях это должно быть специально оговорено в контракте.

I8. В контракте должно предусматриваться страхование имущества на случай компенсации стоимости ремонтных работ или замены утраченных или поврежденных частей сооружения или другого промышленного объекта. В нем должно также предусматриваться страхование для целей компенсации расходов, связанных с ремонтом или заменой, такие как, например, архитектурный надзор, выплата гонорара юристам и инженерам, а также расходы, связанные с демонтажем и вывозом поврежденных частей. Размер страховой суммы должен быть достаточным для покрытия всех различных видов компенсации, которая подлежит обеспечению страховкой. Поэтому при определении размера страховой суммы в контракте может приниматься во внимание и влияние инфляции.

2. Страхование оборудования и материалов, которые будут использованы в производстве

I9. В контракте должно быть специально предусмотрено страхование от убытков или ущерба оборудованию и материалам, которые будут использоваться в производстве. Контракт должен предусматривать, чтобы страхование являлось действительным с момента доставки на строительную площадку оборудования и материалов и до момента их полного использования в производстве. Когда оборудование и материалы будут использованы, они станут составной частью страхования сооружения или же другого промышленного объекта, о чем говорилось в предыдущем подразделе. В некоторых случаях может быть желательным предусматривать, чтобы действие страхования начиналось ранее доставки оборудования и материалов (то есть когда в контракте эти оборудование и материалы уже определены). Включать такое требование желательно, например, если причиненный оборудованию и материалам до их прибытия на территорию подрядчика ущерб повлечет для подрядчика серьезные финансовые последствия и таким образом лишит его возможности выполнить условия контракта.

20. В случае единого страхового полиса желательно застраховать оборудование и материалы на весь период, о котором говорилось в предыдущем пункте. Если оборудование и материалы будут застрахованы по отдельным страховым полисам для кажого этапа в рамках этого периода (то есть на период транзита, их хранения вне строительной площадки или их хранения на строительной площадке), то страхование может оказаться неполным или дублировать другую страховку. Более того, если страхование на каждый данный этап было оформлено отдельным страховым полисом, то в случае убытков или ущерба может возникнуть необходимость устанавливать, на каком именно этапе эти убытки или ущерб были причинены. Во многих случаях определить это бывает трудно или невозможно. По некоторым всеобъемлющим страховым полисам страхование оборудования и материалов на весь период является возможным, как это описано в пункте I5, выше. В случае невозможности добиться страхования оборудования и материалов на весь период одним страховым полисом (то есть если всеобъемлющий страховой полис не включает страхования оборудования и материалов на период до или во время транзита), то в контракте должно быть предусмотрено оформление отдельных страховых полисов, обеспечивающих страхование на различных отдельных этапах, с тем же страховщиком.

2I. В контракте на строительство объекта "под ключ" и в других видах контрактов, в которых ответственность за риск причинения убытков или ущерба оборудованию и материалам сохраняется за подрядчиком до полного их использования на производстве, характер страховки, описанной в этом подразделе, должен быть обеспечен и сохраняться подрядчиком в силе с указанием его имени как застрахованной стороны. В контрактах, в которых ответственность за риск относительно некоторого оборудования и материалов до их полного использования на производстве переходит к заказчику, оба лица - и подрядчик, и заказчик - должны быть названы как застрахованные стороны.

22. Обсуждение, изложенное в пунктах I4-I8, выше, относительно рисков, от которых следует застраховаться, и размер страховой суммы, которая должна быть предусмотрена, в равной мере применимы к страхованию оборудования и материалов.

3. Страхование машин и оборудования подрядчика

23. В отдельных проектах может оказаться желательным вменить в обязанность подрядчику оформить страхование от убытков или ущерба его машинам и оборудованию на период их доставки на строительную площадку, а также на время их хранения как вне пределов строительной площадки, так и на самой площадке. Если они будут застрахованы, то они должны быть застрахованы от тех же рисков, от которых страхуются производственные работы и сам объект на период строительства, а также оборудование и материалы, используемые в производстве. Такого вида страховка может быть включена в комплексный страховой полис по страхованию объекта и производственных работ.

C. Страхование ответственности

24. В контракте следует предусмотреть обязательство подрядчика застраховаться от ответственности за убытки или ущерб, причиненные имуществу заказчика или третьего лица, а также за ущерб любому лицу, который может быть нанесен в ходе реализации подрядчиком контракта, включая действия или упущения со стороны его персонала и субподрядчиков. Кроме того, подрядчика следует обязать оформить страхование от возмещения или другой ответственности, которую он берет на себя по контракту (то есть обязательство о принятии на себя ответственности

заказчика, взятой им перед третьей стороной). Подрядчик в отношении некоторых своих обязанностей в своей повседневной деятельности часто практикует общее страхование. Это страхование не следует дублировать; скорее подрядчик должен обеспечить такое дополнительное страхование, которое необходимо, чтобы полностью гарантировать риски, условия контракта и оплатить страховые суммы, предусмотренные контрактом.

25. Страхование ответственности часто позволяет застраховать подрядчика от его ответственности перед заказчиком за дефекты в работе, возникающие из-за невыполнения подрядчиком своих обязательств по контракту (то есть ответственность за поставку дефектного оборудования или материалов, а также дефекты в строительстве). Однако некоторые полисы по страхованию ответственности подрядчика за убытки или ущерб недостроенному объекту, нанесенные в результате действий или упущений со стороны подрядчика в ходе строительства. Контракт может предусматривать такое страхование. Контракт должен обязать подрядчика застраховать себя от ответственности за убытки или ущерб, нанесенные собственности третьего лица, а также за ущерб какому-либо лицу, причиненные в результате дефекта в построенном им объекте. Хотя такое страхование обычно включается в полис по страхованию ответственности, для подрядчика может возникнуть необходимость добиваться такого страхования по полису о страховании ответственности за качество отдельных видов продукции.

26. Если подрядчик обязуется обеспечить услуги архитектурного, конструкторского или иного подобного профессионального характера, то контракт должен вменить ему в обязанность оформить страхование профессиональной ответственности. Такое страхование включает страхование от ответственности лица, предоставляющего такие специальные услуги, за убытки или ущерб, причиненные заказчику или третьим лицам или их собственности, в результате небрежного выполнения таких услуг.

27. По законам некоторых стран подрядчики несут ответственность за строительные дефекты объекта в течение первых десяти лет его существования. Страхование от такой ответственности является обязательным. Однако если страхование от ответственности перед третьими сторонами за убытки или ущерб, причиненные в результате таких дефектов, возможно, то добиться страхования от ответственности перед заказчиком за дефекты или обвал, осадку и т.д. объекта может оказаться трудным.

28. Можно застраховаться отдельно от ответственности за убытки или ущерб собственности или отдельному лицу,причиненные в результате деятельности автомобилей, находящихся в собственности или пользовании подрядчика или субподрядчика. Во многих странах такое страхование является обязательным и должно быть особо оговорено в контракте. Таким же образом следует страховаться от ответственности, связанной с деятельностью воздушных или водных судов, если последние будут использоваться в строительных работах.

29. Во многих правовых системах существуют юридически оформленные положения относительно компенсации за увечья рабочим и другим служащим участвующих сторон и субподрядчиков. Некоторые из этих положений требуют от работодателя обеспечить страхование для компенсации служащих за производственные травмы. По другим правовым системам, в соответствии с общими юридическими принципами, регулирующими вопросы увечий и причиненного ущерба, рабочие сами разрешают эти вопросы. Как того требуют соответствующие законы, контракт должен вменять в обязанность подрядчику обеспечить такого рода страхование. Если такое страхование не предусматривается, то подрядчику следует вменить в обязанность застраховаться от ответственности за причиненные увечья своим служащим и служащим своих субподрядчиков. Более того, если по соответствующим законам страхование по компенсации за полученные служащими увечья предусматривается в определенной сумме, но служащий может получить сумму большую, чем предусматривается страхованием, то в дополнение к страхованию, оформленному по закону, должно быть оформлено страхование от такого эксцедента. По некоторым правовым системам получивший увечье служащий, работающий у подрядчика или субподрядчика, может получить компенсацию от заказчика. Поэтому контракт должен обязывать подрядчика вносить фамилию и заказчика, и подрядчика как застрахованных сторон при том виде страхования, который описывается в этом пункте (см. также пункт 32, ниже).

30. Размер страховой суммы, подлежащей обеспечению в соответствии с тем видом страхования, который описан в этом разделе, будет зависеть от степени серьезности риска при реализации данного проекта, от масштабов экономической целесообразности оформлять страхование от этих рисков, а также от других факторов, таких как размер страховой суммы при данном типе страхования, которая должна обеспечиваться по закону.

31. Контракт должен предусматривать, чтобы подрядчик оформлял рассматриваемую в этом разделе страховку заранее, еще до начала им или каким-либо субподрядчиком строительных работ на площадке. Страхование от убытков, ущерба или увечий должно покрывать все время строительства, а также и гарантийный период.

32. В связи с такой возможностью, что в результате какого-то одного инцидента, повлекшего за собой убытки, ущерб или увечье третьему лицу, могут возникнуть претензии к нескольким или всем участникам строительства (то есть к заказчику, подрядчику или субподрядчику), обычно считается целесообразным, чтобы каждый из этих участников был застрахован от ответственности за такие убытки, ущерб или увечье. Для всех участников самым удобным путем для этого явилось бы включение своих имен как застрахованных сторон в один страховой полис. Если же все участники страхуются по отдельным страховым полисам и если ответственными за убытки, ущерб или увечье третьему лицу являются несколько участников, то разные участники и их страховые компании могут быть вовлечены в длительный и дорогостоящий спор с целью выяснения того, кто, в конце концов, должен компенсировать убытки, или размеры суммы, которую участники должны внести для выплаты компенсации потерпевшему. Если всем участникам невозможно застраховаться по одному страховому полису, тогда все страховые договоры на разных участников должны быть заключены с одним и тем же страховщиком. Такие требования должны быть особо оговорены в контракте.

D. Доказательство страхования

33. Чтобы заказчик мог быть удовлетворен тем, что подрядчик выполнил свои обязательства для обеспечения страхования или сохранения его в силе, контракт должен вменять в обязанность подрядчику предоставление заказчику по его требованию дубликатов страховых полисов или документов о страховании, показывающих все соответствующие условия страховых полисов и документов для оплаты страховых премий.

E. Необеспечение подрядчиком страхования

34. В контракте следует предусматривать, что если подрядчик не в состоянии выполнить обязательство обеспечить или сохранить в силе страхование, то заказчик может добиваться заключения договора о страховании. В паушальных контрактах заказчику должна предоставляться возможность удерживать суммы, уплаченные им за оформление такого страхования, из сумм подрядчика или компенсировать такие суммы за счет подрядчика. В контракте с возмещением издержек заказчику следует предоставить возможность удерживать из сумм, причитающихся подрядчику, или получать с подрядчика сумму, составляющую разницу между тем, что заказчик должен был уплатить за оформление страхования, и тем, что было бы уплачено для оформления страхования, если бы подрядчик выполнил свои обязательства оформить страхование или сохранить его в силе.

35. В контракте следует предусматривать, что если из-за неспособности подрядчика наладить сотрудничество с заказчиком или страховщиком заказчик оказывается не в состоянии добиться страхования или же сохранить в силе определенные виды страхования, которые подрядчик должен был обеспечить или сохранить в силе, но не сумел сделать это, то заказчик может расторгнуть контракт. Кроме того, контракт должен предусматривать, чтобы подрядчик отвечал перед заказчиком за любые убытки или ущерб, понесенные заказчиком в результате невыполнения подрядчиком своих обязательств.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5]

СУБПОДРЯДЫ

РЕЗЮМЕ: Термин "субподряды", используемые в данном руководстве, касаются найма подрядчиком третьей стороны для выполнения определенных обязательств подрядчика в соответствии с контрактом (пункт I). Желательно, чтобы в контракте содержались положения, оговаривающие допустимые масштабы субподряда, выбор субподрядчиков и другие аспекты субподрядных работ.

Основной характерной чертой субподряда при строительстве промышленных объектов является то, что между заказчиком и субподрядчиком нет никаких договорных отношений, и в контракте следует четко отразить данный принцип. Более того, в контракте следует оговаривать, что подрядчик несет ответственность перед заказчиком за выполнение обязательств подрядчика субподрядчиками в той же степени, в какой подрядчик нес бы

ответственность в случае невыполнения им самим своих обязательств. В договоре следует также предусматривать, что подрядчик компенсирует заказчику любые убытки, которые может понести заказчик в отношении третьего лица в результате действия или бездействия субподрядчика в той же степени, в какой подрядчик был бы обязан компенсировать убытки заказчику, если бы сам подрядчик совершил такое действие или бездействие (пункт 5).

Однако в некоторых случаях желательно предусмотреть в контракте возможность вступления заказчика в непосредственную связь с субподрядчиками. Таким образом, контракт мог бы обязать подрядчика уполномочить субподрядчика действовать от его имени при разрешении с заказчиком некоторых проблем, связанных с выполнением субподрядных работ.

В некоторых случаях подрядчик может заключать договоры на субподряды по осуществлению большей части или всех своих обязательств. В других случаях целесообразно предусмотреть в контракте запрещение подрядчику заключать договоры на субподряды как в отношении части, так и всех его обязательств (пункты 7 и 8).

Что касается выбора субподрядчиков, то стороны могут избирать три основных направления. Выбор конкретного направления будет зависеть от того, насколько заказчик заинтересован в оказании влияния на выбор субподрядчика (пункты 9-I2). Первое направление - это выбор субподрядчиков подрядчиком без какого бы то ни было участия заказчика.

Согласно второму направлению, до заключения контракта стороны либо приходят к договоренности относительно найма подрядчиком каких-либо конкретных субподрядчиков, либо согласовывают определенный список приемлемых субподрядчиков, из числа которых подрядчик и выбирает своих субподрядчиков (пункты I3 и I4).

Согласно третьему направлению, в контракте не указываются конкретно субподрядчики, которых может нанять подрядчик. Вместо этого кандидатуры субподрядчиков подбираются подрядчиком с согласия заказчика (пункты I5-I9).

Имеется альтернативный вариант: заказчик может подобрать кандидатуру субподрядчика, однако подрядчик имеет право высказать возражение, если такой субподрядчик не соглашается с условиями субподряда, что в значительной степени обеспечивает интересы подрядчика, или если у подрядчика имеются другие веские доводы против кандидатуры того или иного субподрядчика (пункты 20-23). В то же время системой отбора субподрядчиков следует пользоваться крайне осторожно при полном соблюдении процедур и договорных положений и с учетом их возможных последствий (пункты 24-25).

Как правило, заказчик может предъявлять претензии непосредственно субподрядчику в случае невыполнения работ или их неквалификационного выполнения. Если заказчик изъявляет желание, чтобы субподрядчик взял на себя определенные обязательства, как например, неразглашение профессиональной тайны или гарантийные обязательства, и, если заказчик хочет иметь возможность предъявлять претензии непосредственно субподрядчику в случае нарушения таких обязательств, в договоре для этого должен быть предусмотрен соответствующий механизм (пункт 26).

Контракт может допускать, что заказчик осуществляет выплаты непосредственно субподрядчику, если подрядчик не выплатил субподрядчику причитающуюся сумму. Осуществление таких прямых платежей может быть обусловлено, а именно: заказчик должен направить подрядчику требование представить доказательство того, что субподрядчику уплачена соответствующая сумма, и подрядчик в течение определенного периода времени представляет такое доказательство заказчику или представляет заказчику объяснение с указанием причин невыполнения такого платежа (пункты 27-3I).

* * *

A. Общие замечания

1. Термин "субподряд" используется в данном руководстве применительно к найму подрядчиком третьей стороны для выполнения определенных обязательств подрядчика, вытекающих из контракта. Например, этот термин охватывает третьи стороны, нанимаемые подрядчиком для сооружения промышленных объектов или предоставления иных услуг на строительной площадке, а также лица, производящие оборудование, которое подрядчик затем использует при сооружении промышленного объекта.

2. Считается обычной практикой, когда подрядчик нанимает субподрядчиков для выполнения ряда своих обязательств, вытекающих из контракта. Подрядчик не всегда располагает специальными техническими знаниями, персоналом, оборудованием и финансовыми средствами, позволяющими ему самому выполнять все работы, в отношении которых он, согласно контракту, несет ответственность. Даже если подрядчик сам может выполнить все договорные обязательства, действующее законодательство страны, где сооружается объект, может требовать от него найма местных субподрядчиков для выполнения некоторых видов работ. В ряде стран договорные обязательства на строительство промышленных объектов берет на себя иностранная торговая фирма или какая-либо другая организация, и эта организация заключает субподряды на выполнение строительных работ в соответствии с контрактом.

3. Желательно, чтобы контракт на строительный объект содержал положения, оговаривающие допустимые масштабы субподряда, выбора субподрядчиков и другие аспекты субподрядных работ. В некоторых правовых системах при отсутствии таких положений подрядчик может пользоваться значительно большей свободой действий в отношении заключения субподрядов, чем это было бы желательно с точки зрения заказчика; в других правовых системах его возможности в отношении заключения субподрядов без ясно выраженного на то согласия со стороны заказчика могут ограничиваться. При разработке таких положений стороны должны учитывать любые императивные нормы права, применимого к контракту, а также действующее законодательство в той стране, где сооружается упомянутый объект.

4. Характерной чертой субподряда в контрактах, касающихся промышленных объектов, является то, что между заказчиком и субподрядчиком нет никаких договорных отношений. Во всех случаях субподряда этот принцип следует совершенно ясно оговаривать в контракте. В контракте следует ясно и недвусмысленно указывать, что подрядчик несет ответственность перед заказчиком за невыполнение субподрядчиком того или иного обязательства подрядчика в той же степени, в какой подрядчик нес бы ответственность за невыполнение своего обязательства. Сохранение ответственности подрядчика за выполнение своих обязательств, вытекающих из контракта, будет гарантировать право заказчика на компенсацию в случае неквалифицированного выполнения или невыполнения обязательства подрядчика. Оно также исключает возможность лишения заказчика такой компенсации в случае, если не представляется возможным доказать, кто именно - подрядчик или субподрядчик - нарушил свое обязательство, в результате чего был допущен дефект в выполнении работ.

5. В дополнение к соответствующему положению в контракте о том, что подрядчик несет ответственность перед заказчиком за невыполнение обязательства субподрядчиком, контракт должен обязывать подрядчика компенсировать заказчику любые убытки, которые заказчик может понести в отношении третьего лица в результате действия или бездействия субподрядчика в той же степени, в какой подрядчик был бы обязан компенсировать убытки заказчику, если бы сам подрядчик совершил такое действие или бездействие 1/.

6. Однако разграничение функций заказчика и субподрядчика не означает, что между этими двумя лицами не может быть никакой связи. В некоторых случаях желательно, чтобы заказчик мог вступить в прямую связь с субподрядчиком, особенно когда дело касается технических вопросов, что позволит заказчику и субподрядчику обстоятельно обсудить и решить упомянутые вопросы. Соответственно, контракт может обязать подрядчика уполномочить субподрядчика действовать от имени подрядчика в ходе разрешения с заказчиком некоторых вопросов, связанных с выполнением работ субподрядчиком.

B. Право подрядчика на заключение субподрядных договоров

7. В некоторых ситуациях можно предположить, что подрядчик выполнит большую часть или же все свои обязательства в рамках субподрядного договора, например, в тех случаях, когда подрядчик поставляет технику, а заказчик полагается на компетентность подрядчика в выборе и осуществлении руководства субподрядчиками в процессе строительства объектов с применением этой

техники. Возможно, в других случаях в договоре следует предусмотреть положения, запрещающие подрядчику заключать субподрядные соглашения на выполнение всех его договорных обязательств. Объем и характер обязательств, которые подрядчик может быть уполномочен выполнить посредством субподрядов, должны определяться тем, насколько заказчик либо ввиду своего доверия к опыту и авторитету подрядчика, либо в силу характера самого обязательства ожидает выполнение этого обязательства самим подрядчиком. Например, в контракте "под ключ" выбор подрядчика зависит от его способности поставить конкретный важный компонент объекта. В подобном случае подрядчику не должно быть дано разрешение на поставку этого компонента субподрядчиком. Кроме того, заказчик может выразить пожелание ограничить право заключать субподрядные договоры или лишить его этого права, если заказчик сам представляет проект и при этом желает сохранить его конфиденциальный характер.

8. Существуют два различных подхода, согласно которым условиями договора может быть ограничен объем допустимых субподрядных работ. В соответствии с одним из подходов в договоре могут быть оговорены те обязательства, по которым подрядчик не может выдать субподряды, а также предусмотрены все другие обязательства, по которым могли бы быть заключены субподрядные договоры, что обусловлено другими положениями договора (то есть положениями, рассматриваемыми в следующем разделе). В соответствии с другим подходом положение договора может запрещать заключение субподрядных договоров на выполнение каких-либо договорных обязательств, за исключением упомянутых в этом положении случаев, когда подрядчику разрешено заключать субподрядные договоры, что предусматривается другими положениями договора. Решение в отношении выбора подхода может зависеть от характера договора. Например, в контракте "под ключ", который обычно предполагает, что относительно большое - по сравнению с другими видами договоров - количество обязательств подрядчика будет выполнено субподрядчиками, предпочтительно уточнить обязательства, которые не могут быть выполнены субподрядчиками, и разрешить выполнение субподрядчиками всех других обязательств.

C. Выбор субподрядчиков

9. В тех случаях, когда подрядчик уполномочен заключать субподрядные договоры, стороны могут избрать следующие основные подходы в отношении выбора субподрядчиков. Согласно первому подходу, подрядчик выбирает субподрядчиков без какого бы то ни было участия заказчика. Согласно второму подходу, стороны приходят к договоренности о субподрядчиках до заключения договора, и участие этих субподрядчиков должно быть в нем оговорено. Согласно третьему подходу, в договоре не предусмотрено использование конкретных субподрядчиков; скорее подрядчик может выбрать субподрядчиков с одобрения заказчика или заказчик может выбрать субподрядчиков с учетом права подрядчика выразить свое несогласие в отношении выбора. В договоре могут быть предусмотрены различные подходы в отношении выбора субподрядчиков в целях выполнения различных обязательств.

10. Стороны могут выразить пожелание принять первый подход в отношении тех случаев, когда заказчик не проявляет большого интереса или же совсем не заинтересован в выборе субподрядчиков, например, в выборе субподрядчиков, обеспечивающих предоставление обычных, а также других услуг, не являющихся крайне необходимыми.

11. Однако во многих случаях заказчик непосредственно заинтересован в выборе субподрядчика. Во-первых, он может быть заинтересован в выполнении обязательств по субподрядным договорам фирмой, которая имеет опыт и располагает необходимыми средствами для удовлетворительного выполнения обязательств. Во-вторых, в контрактах, в которых цена, установленная субподрядчиком, будет оказывать прямое влияние на сумму, выплачиваемую заказчиком подрядчику, как, например, в контракте с возмещением издержек, заказчик будет заинтересован в выполнении субподрядных обязательств по наиболее умеренной цене. В-третьих, заказчик может пожелать быть уверенным в том, что соответствующее оборудование, которое должно быть установлено, будет соответствовать определенному стандарту, который может быть обеспечен лишь некоторыми субподрядчиками. В-четвертых, заказчик может пожелать иметь возможность ограничить подрядчика в отношении использования местных субподрядчиков или же он может быть вынужден сделать это в соответствии с местным законом. В-пятых, вследствие договоренности с зарубежными финансовыми организациями заказчик может быть обязан заключить определенное количество субподрядных договоров с субподрядчиками из страны данной организации.

12. Эти обязательства могут быть учтены в договоре, предусматривающем привлечение заказчика к участию в выборе субподрядчика. Степень или характер вовлечения заказчика могут изменяться в зависимости от вида договора, заключенного между подрядчиком и заказчиком, а также от того, насколько важно для заказчика иметь возможность осуществлять контроль над затратами и качеством выполнения обязательства в рамках субподрядного договора и над самим субподрядчиком.

Однако заказчикам следует учитывать, что возможность заставить подрядчика заключить субподрядный договор с определенным подрядчиком может обойтись дороже для заказчика, поскольку подрядчик будет вынужден включить в цену своих расходов на осуществление усиленного надзора за субподрядчиком, с которым он может быть не знаком, а также надбавку за увеличение степени риска, которая связана с его ответственностью перед заказчиком в отношении такого субподрядчика.

I3. Если это возможно, и в частности в том случае, если данное оборудование или услуга, предоставляемые субподрядчиком, являются крайне необходимыми для проведения работ, то желательно, чтобы кандидатуры субподрядчиков были одобрены сторонами до заключения договора, что должно быть в нем оговорено (то есть второй подход, о котором говорилось в пункте 9, выше. Это поможет избежать споров по поводу выбора субподрядчиков в конкретных случаях. Это также позволит избежать приостановления работ и финансовых последствий, которые могут возникнуть в тех случаях, когда одна из сторон не согласна взять субподрядчика, предлагаемого второй стороной. Более того, такой подход мог бы способствовать лишению подрядчика возможности "торговаться" ("bid-shopping") после заключения договора. В соответствии с такой практикой подрядчик использует цену, о которой он договорился с субподрядчиком и которая служит основой для предложения собственной договорной цены, в целях получения более низких цен от других субподрядчиков и, возможно, для того, чтобы навязывать более низкую цену первому субподрядчику. Если подрядчику удается добиться получения более низкой цены от субподрядчика (которой заказчик в большинстве паушальных договоров не может воспользоваться), субподрядчик может быть заинтересован в том, чтобы работать не в полную силу, с тем чтобы избежать уменьшения своей прибыли.

I4. В соответствии с другим подходом в договоре может быть указан конкретный субподрядчик для выполнения конкретного обязательства. В качестве альтернативы договор может включать перечень приемлемых субподрядчиков, который был согласован между заказчиком и подрядчиком до заключения договора, и субподрядчик может быть выбран подрядчиком из этого перечня. Способность заказчика согласиться с кандидатурой субподрядчика или с перечнем субподрядчиков может быть расширена, если подрядчик будет получать предложения по ценам от указанных подрядчиков и представлять их заказчику вместе с подробной информацией об их деятельности. Однако деятельность подрядчика, связанная с запросом предложений, может принести ему дополнительные расходы, которые в конечном счете несет заказчик. Более того, при заключении договоров, за исключением договоров с возмещением издержек, подрядчик может проявить нежелание раскрыть заказчику предложения, представленные субподрядчиками.

I5. Когда в договоре не называются субподрядчики, которые могут быть наняты подрядчиком, существуют различные механизмы, обеспечивающие вовлечение заказчика в процесс выбора субподрядчика (то есть третий подход, о котором упоминалось в пункте 9, выше. Один из таких механизмов заключается в том, чтобы в договоре предусматривалось, что подрядчик не может заключить субподрядный договор без согласия заказчика. Либо такое согласие может быть потребовано заказчиком от подрядчика в письменной форме, либо согласие заказчика считается полученным, если подрядчик представляет заказчику письменную просьбу заключить субподрядный договор с конкретным субподрядчиком, а заказчик не представляет подрядчику в течение определенного периода после получения запроса возражения в письменной форме по поводу заключения такого договора. При любом подходе уведомление в письменной форме, подготовленное подрядчиком, должно включать название и адрес предложенного субподрядчика, а также вид работы, которую он должен выполнить. В договорах, в которых цена, назначенная субподрядчиком, будет оказывать прямое влияние на цену, которую должен уплатить заказчик (например, договоры с возмещением издержек и некоторые паушальные договоры), уведомление будет также включать цену, которую потребует субподрядчик. В договоре может быть также предусмотрено, что любое возражение со стороны заказчика в отношении заключения субподрядного договора, предложенного подрядчиком, должно основываться на разумных доводах 2/.

I6. Одна из возможных проблем в связи с подходами, упомянутыми в предыдущем пункте, заключается в том, что если подрядчик предлагает кандидатуру субподрядчика, которая не получает одобрения или же не вызывает возражение со стороны заказчика, то он должен найти и предложить нового субподрядчика, и работа может быть приостановлена, что, возможно, чревато финансовыми последствиями для обеих сторон. Однако следует отметить, что на практике не очень частыми являются случаи, когда подрядчик предлагает субподрядчика, который не получает одобрения заказчика.

17. Существуют два возможных подхода в случае, если спор возникнет относительно обоснованности мотивов возражения заказчика против кандидатуры субподрядчика, предложенной подрядчиком. Согласно одному подходу, спор может быть передан для урегулирования без найма субподрядчика до его урегулирования. Будет приостановлена та часть строительных работ, которая не может быть выполнена без привлечения субподрядчика. Если возражение заказчика окажется обоснованным, подрядчик может быть обязан выбрать другого субподрядчика, а также взять на себя финансовые последствия приостановления строительных работ. Если возражение заказчика окажется необоснованным, подрядчику может быть разрешено заключить субподрядный договор в соответствии с уведомлением, представленным заказчику, и заказчику может быть предъявлено требование взять на себя финансовые последствия приостановления строительных работ.

18. Однако стороны могут рассмотреть альтернативный подход, который мог бы свести к минимуму возможность приостановления строительных работ. Согласно этому подходу, подрядчик обязан немедленно направить заказчику новое уведомление о субподрядном договоре с учетом возражений заказчика. Спор, касающийся обоснованности возражений заказчика против заключения субподрядного договора, предложенного в первом уведомлении, может быть представлен для урегулирования немедленно или в более поздние сроки. Вероятность такой процедуры не задержит найма субподрядчика, приемлемого для заказчика. Если при урегулировании спора возражения заказчика будут признаны необоснованными, на заказчика могут быть возложены финансовые последствия любого перерыва в строительстве или другие финансовые последствия, например, такие, которые возникают в результате неудовлетворительного выполнения договора субподрядчиком вследствие того, что подрядчик действовал в соответствии с возражениями заказчика. Если возражения заказчика будут признаны обоснованными, ответственность за такие последствия может быть возложена на подрядчика.

19. В некоторых видах контрактов, например, в контрактах с возмещением расходов, на подрядчика может быть возложена обязанность предложить ряду субподрядчиков представить заявки на выполнение работ по субподрядам и представить заказчику приемлемые для подрядчика заявки. Субподрядчик может быть выбран из числа участников торгов либо самим заказчиком, либо подрядчиком при согласии заказчика. Этот механизм, может быть, в большей степени соответствует цели выбора субподрядчиков для поставок относительно обычных видов оборудования или услуг, которые не являются основными для особого проекта или других видов услуг. В отношении высокоспециализированных или основных изделий может не оказаться выбора субподрядчиков, которые могли бы участвовать в торгах.

20. Еще большая степень участия заказчика в выборе субподрядчиков может быть достигнута тем, что заказчик сам выбирает субподрядчика и требует от подрядчика выполнения с ним субподряда. В этом по существу состоит система "назначения", которая является распространенной в некоторых районах мира и которая также используется при заключении некоторых международных контрактов на строительство промышленных объектов.

21. В ходе процедуры назначения субподрядчиков заказчик отбирает потенциальных субподрядчиков и договаривается с ними об условиях выполнения обязательств, на которые, согласно контракту, эта процедура распространяется. Эти переговоры могут иметь место до заключения контракта. При таких условиях в контракт можно включить основные условия субподряда, который будет заключен с подрядчиком, в том числе цену. При паушальном контракте, в том случае, если цена субподрядной работы не установлена ко времени заключения контракта, в контракте может быть оговорена сметная цена, и договорная цена может быть увеличена или уменьшена на сумму, представляющую собой разницу между сметной и фактической ценой. В любом случае контракт может обязать подрядчика заключить субподряд только с субподрядчиком, назначенным заказчиком.

22. В соответствии с этой системой с целью защиты подрядчика от обязанности вступать в деловые взаимоотношения с субподрядчиком, который слишком ущемляет его интересы, подрядчик по условиям контракта может отказаться заключить субподряд по определенным причинам. Основания для этого могут быть следующими:

a) если субподрядчик не возьмет на себя по отношению к подрядчику обязательства и ответственность в тех же объеме и степени, в каких они возложены на подрядчика по отношению к заказчику в том, что касается материалов, оборудования или услуг, которые он должен обеспечить, включая качество, сроки, гарантии и размеры финансовой ответственности;

b) в том случае, если субподрядчик не согласится компенсировать подрядчику любые убытки и освободить его от любой ответственности, которую подрядчик берет на себя по отношению к заказчику или третьему лицу, в результате действий или упущений субподрядчика;

c) если подрядчик имеет какие-либо другие обоснованные возражения против заключения субподряда с данным субподрядчиком. Это может включать такие ситуации, когда, например, подрядчик ранее имел неудовлетворительный опыт сотрудничества с данным субподрядчиком или когда финансовое положение субподрядчика не дает ему возможности вести работы удовлетворительно. Это условие может быть оговорено дополнительно или в качестве альтернативы к более конкретным причинам, указанным в подпунктах a и b, выше.

23. Если система назначения субподрядчика утверждена, стороны могут рассмотреть вопрос о том, что произойдет в том случае, если подрядчик соответствующим образом откажется заключить контракт с субподрядчиком, выбранным заказчиком. Заказчик может быть обязан выбрать другого субподрядчика, или же на подрядчика может быть возложена задача подобрать нового субподрядчика при условии получения согласия заказчика в соответствии с механизмами,которые должны быть обусловлены в контракте. В любом случае заказчик берет на себя финансовые последствия за перерыв в работе, который может возникнуть в результате этих процедур. В тех случаях, когда подрядчик отказывается заключить субподряд по причине того, что субподрядчик отказывается включить в договор субподряда условия, ограждающие интересы подрядчика по отношению к заказчику, условия контракта могут обязать подрядчика заключить договор субподряда, если заказчик согласен на сокращение объема обязательств подрядчика по отношению к заказчику, с тем чтобы они соответствовали объему обязательств субподрядчика по отношению к подрядчику.

24. В таком механизме, как система назначения субподрядчика, заключены различные преимущества для заказчика. Он дает возможность заказчику выбирать субподрядчика, а также предоставляет заказчику значительную степень контроля над ценами и другими условиями, касающимися выполнения обязательств по субподряду. Это обстоятельство дает возможность заказчику использовать конкретные проекты, оборудование и услуги, предоставляемые конкретными субподрядчиками. Кроме того, это обеспечивает заказчику возможность передать субподряды местным фирмам. Эти выгоды могут быть получены заказчиком без необходимости самому вступать в договорные взаимоотношения с субподрядчиком. Однако этот механизм следует использовать с осторожностью и с полным пониманием связанных с этим процедур, а также положений контракта и их последствий. Существуют различные ловушки, с которыми можно столкнуться при использовании системы назначения субподрядчиков, и их следует избегать путем включения в контракт соответствующих положений. Например, последствия, если в контракте четко не указано иное, могут вытекать из степени участия заказчика в выборе подрядчика, а именно: что договорные права и обязательства возникают непосредственно между субподрядчиком и заказчиком, или что подрядчик несет ограниченную ответственность за выполнение работ субподрядчиком. Поэтому в контракте должно быть четко указано, что договорные взаимоотношения субподрядчика возникают только с подрядчиком и что подрядчик несет ответственность перед заказчиком за выполнение работ субподрядчиком (см. пункт 4, выше).

25. Другая проблема, которая может встретиться при системе назначения субподрядчика, заключается в том, что в случае прекращения субподрядчиком работ или в случае прекращения субподряда может возникнуть вопрос о том, которая из сторон должна взять на себя обязанности по найму нового субподрядчика для завершения незавершенной работы, а также соответствующие расходы. В контракте должно быть четко указано, что подрядчик обязан за свой счет обеспечить найм нового субподрядчика для завершения работ при условии согласия заказчика, которое должно быть получено в соответствии с механизмами, оговоренными в контракте. Подрядчик также несет ответственность за все финансовые последствия перерыва в работе и процесса найма нового субподрядчика.

D. Возможность заказчика возбуждать иск непосредственно против субподрядчика

26. Субподрядчик, который не является стороной в контракте между подрядчиком и заказчиком, не имеет договорных обязательств по отношению к заказчику. Однако в некоторых обстоятельствах заказчик может пожелать, чтобы субподрядчик взял на себя некоторые обязательства (например, сохранять конфиденциальность проекта или гарантировать свою работу), и иметь возможность возбуждать иску непосредственно против субподрядчика за нарушение этих обязательств. Заказчик может обеспечить такие обязательства и возможность требовать их исполнения непосредственно от субподрядчика следующим путем. Сначала контракт возлагает такие обязательства на подрядчика. Затем подрядчик будет вынужден потребовать таких же обязательств от субподрядчика либо на основе договорного положения, обязывающего подрядчика сделать это, либо в связи с тем, что заказчик обусловливает свое согласие на найм субподрядчика, предложенного подрядчиком, получением подрядчиком таких обязательств от субподрядчика. В контракт включается дополнительное положение, в соответствии с которым подрядчик переуступает заказчику права подрядчика возбуждать иск против субподрядчика за нарушение обязательств, если такая переуступка разрешена соответствующим законом.

E. Оплата за выполнение работы субподрядчиками

27. В контракте не должно содержаться обязательства со стороны заказчика о непосредственной оплате субподрядчика. При отсутствии договорных взаимоотношений между заказчиком и субподрядчиком субподрядчик должен получать оплату от подрядчика как своего партнера по контракту. В соответствии с платежной структурой данного контракта в договорной цене предусматривается либо стоимость услуг субподрядчика для подрядчика (например, в большинстве паушальных контрактов), либо фактическая стоимость таких услуг будет подлежать оплате подрядчику со стороны заказчика (например, в контрактах с возмещением издержек или в паушальных контрактах, если договорная цена может быть повышена на ту сумму, на которую фактическая стоимость таких услуг превышает их сметную стоимость, оговоренную в контракте).

28. Однако могут быть случаи, когда заказчик может пожелать непосредственно оплатить работу субподрядчика, например, когда подрядчик не уплатил сумму, ранее причитавшуюся субподрядчику, и беспрепятственный ход работ по программе контракта находится под угрозой в связи с нежеланием субподрядчика продолжать работу. Поэтому контракт может давать заказчику право непосредственно оплатить субподрядчика и взыскать уплаченную таким образом сумму с подрядчика или получить компенсацию за такие платежи каким-либо другим образом. Если такое право не будет четко зафиксировано в контракте, заказчик, который непосредственно оплачивает субподрядчика, идет на риск, так как он остается обязанным выплатить эту же сумму подрядчику. В контракте должно быть также четко оговорено, что такие непосредственные платежи со стороны заказчика делаются от имени подрядчика во избежание последствий существования договорных взаимоотношений между заказчиком и субподрядчиком.

29. Контракт должен давать заказчику право требовать от подрядчика доказательств, что платежи, причитающиеся субподрядчику, были произведены. Если в течение указанного периода после предъявления ему такого требования подрядчик не представит таких доказательств заказчику или не представит ему письменного объяснения причин такой неуплаты, заказчик может иметь право оплатить работу субподрядчика, если основания для неуплаты со стороны подрядчика являются неудовлетворительными, и взыскать сумму этого платежа с подрядчика или обеспечить компенсацию за такие платежи каким-либо другим образом.

30. Метод, с помощью которого заказчик взыскивает с подрядчика или компенсирует сумму своих непосредственных платежей субподрядчику, может зависеть от структуры платежей, предусмотренной данным контрактом. При паушальном контракте необходимо обеспечить, чтобы заказчик имел право вычесть сумму своего платежа из контрактной цены, которая причитается подрядчику. Однако если в паушальном контракте оговаривается сметная стоимость субподрядной работы, но предусматривается, что договорная цена может быть пересмотрена в соответствии с фактической ценой субподрядной работы (см. пункт 21, выше), заказчик будет иметь право вычесть по крайней мере сметную сумму, обусловленную в контракте. В том случае если договорная цена уже полностью выплачена заказчиком подрядчику, заказчик будет иметь право в свою очередь требовать от подрядчика возмещения своих издержек.

31. В контракт с возмещением издержек в том случае если заказчик непосредственно оплачивает субподрядчику от имени подрядчика субподрядную работу, нет необходимости вносить какие-либо коррективы в расчеты между подрядчиком и заказчиком, так как подрядчик не несет расходов за субподрядную работу, стоимость которой обязан возместить заказчик. Однако по условиям некоторых субподрядов обязательство подрядчика оплатить работу субподрядчика может возникнуть лишь после оплаты заказчиком работы подрядчика. В таких случаях заказчик будет иметь право, если он сочтет это необходимым, непосредственно оплатить работу субподрядчика после того как заказчик оплатил подрядчику работу, проделанную субподрядчиком, но подрядчик не оплатил работу субподрядчика. В этом случае заказчик будет иметь право вычесть сумму своего прямого платежа субподрядчику из сумм, которые позже будут причитаться подрядчику, или требовать возмещения издержек от подрядчика.

I/ Иллюстративные положения

"I) Все субподрядчики, нанятые подрядчиком, являются субподрядчиками лишь подрядчика, и ни одно положение в данном контракте не должно интерпретироваться или применяться как означающее или подразумевающее наличие договорных отношений между заказчиком и любым субподрядчиком, за исключением случаев, когда данный контракт это совершенно определенно предусматривает.

2) Подрядчик несет ответственность перед заказчиком за любое невыполнение субподрядчиком обязательства подрядчика, вытекающего из данного контракта, в той же степени, в какой подрядчик нес бы ответственность, если бы он сам выполнял такое обязательство. Никакие субподряды подрядчика или возможности подрядчика в отношении заключения субподрядов не сужают и не отменяют ответственность подрядчика за полное выполнение его обязательств в соответствии с данным контрактом.

3) Подрядчик соглашается компенсировать заказчику любые убытки и оградить его от любых убытков, которые заказчик может понести в отношении третьего лица в результате действия или бездействия субподрядчика в той же степени, в какой подрядчик должен был бы компенсировать заказчику любые убытки и оградить его от любых убытков в результате действия или бездействия самого подрядчика".

2/ Иллюстративное положение

"Подрядчик представляет заказчику письменное уведомление о своем намерении заключить субподрядный договор с указанием названия и адреса предлагаемого субподрядчика [и] точного описания работы, которую ему предстоит выполнить [и цены, которую он назначит]. Подрядчик получает разрешение на подписание субподрядного договора в соответствии с таким уведомлением по истечении ... дней после представления вышеупомянутого заказчику, если в течение указанных ... дней заказчик не представит подрядчику возражение с указанием обоснованных мотивов против предложенного субподрядчика, обязательств, которые должны быть выполнены в рамках субподрядного договора, или цены, назначенной субподрядчиком".

/A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6/ /18 June 1984/

ГАРАНТИЯ ИСПОЛНЕНИЯ

РЕЗЮМЕ: Каждая сторона в контракте о производстве работ может стремиться обеспечить себе гарантии от неисполнения обязательств другой стороной. Как правило, заказчик приобретает следующие формы обеспечения: гарантии (пункты 4-32), право не выплачивать полностью причитающуюся подрядчику сумму до получения доказательств удовлетворительного исполнения им своих обязательств (пункты 33-36), а также обеспечительные интересы в собственности (пункт 43).

Гарантия предусматривает, что в случае неисполнения обязательств подрядчиком третья сторона (гарант) несет ответственность за это неисполнение таким образом, как это предусмотрено в гарантии (пункт 4). Заказчики могут потребовать гарантии двух видов - гарантии исполнения (пункты 5-8) и гарантии возмещения (пункты 5 и 9). Гарантии исполнения, обеспечивающие должное исполнение обязательств подрядчиком, обычно принимают одну из двух форм. По одной из них, известной обычно под названием гарантии первого требования, гарант обязуется уплатить заказчику определенную сумму денег в качестве компенсации при одном лишь утверждении заказчика о неисполнении подрядчиком договора (пункты 7 и 14). Согласно другой форме, как правило, известной под названием долгового обязательства, гарант обязуется при предъявлении заказчиком доказательства о неисполнении подрядчиком договора по своему выбору или самому обеспечить его исполнение или найти для этого другого подрядчика, или же уплатить определенную сумму денег в качестве компенсации (пункты 7 и 15).

Гарантия возмещения является гарантией того, что аванс, выплаченный заказчиком подрядчику, будет возвращен этим подрядчиком. Такая гарантия, как правило, принимает форму обязательства со стороны гаранта выплатить заказчику установленную сумму денег, если подрядчик не возвращает аванс (пункт 9).

Что касается гарантий, которые стремится получить заказчик, то он должен рассмотреть вопрос о том,следует ли ему указывать конкретно приемлемых для него гарантов. Заказчик часто указывает, что гарантами должны быть организации в его собственной стране, поскольку так ему будет легче обеспечить выполнение гарантий, данных такими учреждениями. В контрактах часто предусматривается, что гарантия может быть дана учреждением в стране подрядчика, однако такая гарантия должна при этом подтверждаться учреждением в стране заказчика (пункты 10-11).

Связь между заказчиком и гарантом устанавливается согласно гарантии. Однако в контракте следует определять характер и условия гарантии, которую обязан предоставить подрядчик (пункт 12). Эта гарантия может носить независимый или вспомогательный характер. Типичным примером независимой гарантии является гарантия первого требования, в то время как типичным примером вспомогательной гарантии является долговое обязательство (пункты 13-15). Каждая форма имеет свои преимущества и недостатки (пункты 16-18).

Гарантии могут предоставляться подрядчиком при заключении контракта или же в контракте может предусматриваться, что гарантия должна предоставляться в течение короткого промежутка времени после его заключения. В последнем случае в контракте следует устанавливать средства защиты заказчика на тот случай, если гарантия не предоставляется (пункт 19).

Ответственность гаранта, как правило, ограничивается определенной денежной суммой. Если контракт на производство работ содержит определенные ограничения ответственности подрядчика за неисполнение, то стороны могут пожелать включить такие ограничения в гарантию (пункты 20-21). Сторонам следует также определить валюту, в которой выплачиваются суммы по гарантии. Стороны могут пожелать рассмотреть вопрос о том, следует ли уменьшить размер гарантии при определенных обстоятельствах. Что касается гарантии исполнения, то ее уменьшение может быть оправдано после получения заказчиком определенного заверения в удовлетворительном завершении строительства (пункт 22).

Во многих правовых системах изменение контракта снимает ответственность с гаранта. В соответствии с этим контракт, как правило, регулирует влияние изменений на гарантию (пункты 24-27). Контракт должен также регулировать продолжительность действия гарантии. В интересах заказчика, чтобы гарантия сохранялась до исполнения подрядчиком его обязательств. Гарант и подрядчик заинтересованы в установлении четкой даты истечения срока действия гарантии (пункты 28-3I).

В контракте могут быть сформулированы условия совершения платежа, с тем чтобы полную выплату стоимости можно было произвести только по удовлетворительном завершении строительства подрядчиком (пункты 33-36).

Подрядчик может получить гарантию выплаты причитающихся ему сумм в форме безотзывного аккредитива (пункты 37-42) и обеспечительных интересов в собственности (пункт 43). Сторонам следует прийти к согласию по определенным вопросам, связанным с аккредитивом (например, валюта платежа, а также документы, которые должны предоставляться в банк для получения платежа) (пункты 4I-42).

Каждая сторона нередко стремится обеспечить себе путем соглашения интересы кредитора в собственности другой стороны. Однако такие интересы связаны с определенными недостатками (пункт 43).

* * *

A. Общие замечания

I. Каждая сторона в контракте на производство работ сознает, что неисполнение его условий другой стороной может причинить ей значительный ущерб. Когда одна сторона имеет по контракту на производство работ договорные средства защиты против другой стороны с целью компенсации в случае такого неисполнения, то она может пожелать, кроме того, иметь другие средства для защиты от такого неисполнения. С этой целью каждая сторона может пожелать установить какую-либо форму обеспечения, к которой она прибегает вместо или в дополнение к ее договорным средствам защиты, предусмотренным в контракте на производство работ. Такое обеспечение может принимать различные формы. Оно может принимать форму обещания третьего лица, обладающего существенным финансовым положением, уплатить при неисполнении определенную сумму денег. Она может принимать форму обязательства со стороны такого третьего лица исправить дефекты или завершить строительство. Обе формы этих соглашений, как правило, известны в качестве гарантий. Оно может также заключаться в праве на определенные средства или на собственность, принадлежащую другой стороне, которое может быть осуществлено с целью получения компенсации.

2. Сторонам в своем контракте следует определить формы обеспечения, предоставляемого каждой стороной, а также последствия невыполнения этого условия. Такое обеспечение влечет за собой расходы для предоставляющей его стороны. Эти расходы могут меняться в зависимости от размера и формы гарантий. Поэтому сторонам следует определить разумно необходимую для них степень защиты и избегать ее превышения. В тех случаях, когда гарантия должна быть предоставлена, контракт и гарантия будут изложены в отдельных правовых документах. Однако их положения следует согласовать, а условия контракта не должны ущемлять права, на которые сторона имеет право по гарантии.

3. Применимые к такому обеспечению нормы права могут не совпадать с нормами права, применимыми к контракту. Применимые к нему нормы права могут в обязательном порядке регулировать определенные аспекты обеспечения, такие как его форма, период действительности, а также в тех случаях, когда обеспечение состоит из гарантии, - права, вытекающие из удержания гарантийного документа. Кроме того, они будут определять взаимосвязь между обеспечением и контрактом на производство работ. Сторонам следует учитывать нормы права, которые будут применяться в отношении требуемого обеспечения при определении его характера. В тех случаях, когда обеспечение состоит из гарантии, может оказаться также необходимым учитывать нормы права страны гаранта, которые могут в обязательном порядке регулировать ведение дел гаранта, например, требовать регистрации и введения пределов на суммы, которые могут гарантироваться.

B. Обеспечение исполнения обязательств подрядчиком

I. Гарантии

4. Гарантии предусматривают, что если возникает определенное неисполнение обязательств со стороны подрядчика, то третье лицо (гарант) будет нести ответственность за это неисполнение в форме, предусмотренной в гарантии. Термин "гарантия" не используется повсеместно для описания таких соглашений; вместо этого часто используются термины "обязательство", "гарантийное соглашение" и "возмещение убытка". В некоторых странах банкам запрещается предоставлять гарантии. Однако банки могут выпускать "резервные аккредитивы", выполняющие ту же функцию, что и гарантия. Резервный аккредитив является аккредитивом, открываемым банком по просьбе подрядчика на имя заказчика. По условиям такого аккредитива заказчику предоставляется право предъявлять банку претензию на определенную сумму денег в случае неисполнения обязательств подрядчиком I/. Рассматриваемые в настоящей главе гарантии отличаются от гарантий качества. Гарантии качества состоят из договорных обязательств стороны в отношении качества исполнения, например, обязательства о том, что поставляемое ей оборудование или материалы будут установленного качества.

5. Гарантии как обеспечение для заказчика часто используются в следующих контекстах:

а) как гарантия того, что подрядчик, представивший заявку на подряд, не снимет ее до наступления даты, указанной в приглашении к участию в торгах на получение контракта, а также как гарантия того, что он заключит контракт в том случае, если контракт будет присужден ему, и представит гарантию исполнения обязательств, предусмотренную в приглашении на торги. Такие гарантии, обычно известные под названием гарантий торгов, рассматриваются в главе IУ "Приглашение к участию в торгах и процесс переговоров";

b) как гарантия от убытков, которые заказчик может понести в том случае, если заключивший контракт подрядчик не исполняет обязательств в соответствии с контрактом. Такие гарантии, как правило, известны под названием гарантий исполнения;

c) как гарантия того, что аванс, выплаченный заказчиком подрядчику, будет возвращен заказчику. Такие гарантии обычно известны под названием гарантии возмещения.

Гарантии исполнения: функция

6. Заказчик, заключающий контракт на производство работ, будет искать подрядчика, обладающего финансовыми, а также техническими и оперативными ресурсами, необходимыми для завершения работ. Однако часто у заказчика может отсутствовать полная информация относительно таких факторов потенциального иностранного подрядчика как его финансовое положение, масштабы его обязательств по другим договорам (которые могли бы помешать исполнению заключаемого контракта), данные о его прежней деятельности или же другие факторы, имеющие отношение к способности подрядчика довести проект до завершения. Кроме того, непредвиденные факторы, возникшие после заключения контракта, могут повлиять на способность подрядчика исполнить контракт. Поэтому приглашения на торги и заключение контракта на производство работ часто предусматривают предоставление подрядчиком гарантий исполнения, с тем чтобы можно было иметь средства защиты для удовлетворения требований, вытекающих из ответственности подрядчика в случае неисполнения обязательств. Требование о предоставлении гарантий исполнения может также предотвратить участие в торгах подрядчиков, которые ненадежны или не обладают необходимыми финансовыми ресурсами. Учреждения гаранта, как правило, проводят тщательное изучение подрядчиков, в отношении которых их просят предоставить гарантии и, как правило, предоставляют их только в том случае, если у них имеются надежные основания полагать, что подрядчик может успешно выполнить контракт.

7. Гарантии исполнения, как правило, бывают двух типов. В соответствии с гарантиями одного типа, именуемыми в дальнейшем монетарными гарантиями исполнения, гарант обязуется лишь уплатить заказчику сумму в пределах установленного лимита и выполнить обязательства подрядчика в случае неисполнения им контракта. Такими гарантами часто являются коммерческие банки. По гарантиям другого типа гарант по своему выбору обязуется сам или устранить дефекты или завершить строительство, осуществляемое подрядчиком, или же нанять другого подрядчика для исправления или завершения строительства, а также компенсировать другие убытки, причиненные неисполнением. Размер таких обязательств ограничивается указанной суммой. Кроме того, гарант, как правило, оставляет за собой право выполнять свои обязательства, производя выплату денег заказчику в пределах установленной суммы. Гарантия такого типа, как правило, предоставляется специализированными гарантийными учреждениями, такими как закладные и страховые компании, и именуется в дальнейшем долговым обязательством. Заказчик может счесть целесообразным разрешить участвующему в торгах подрядчику предоставить гарантию любого вида, поскольку подрядчик может иметь деловые отношения с учреждением гаранта, стремящимся предоставить подрядчику одну из гарантий этого типа за небольшую плату. С точки зрения заказчика каждая форма гарантии имеет определенные преимущества и недостатки (см. пункты I6-I8, ниже).

8. Во всех контрактах на производство работ подрядчик обязуется не просто завершить строительство, но и устранить дефекты, указанные ему заказчиком до истечения срока действия гарантии качества (см. главу XXX "Неисполнение обязательств"). Исполнение подрядчиком обязательств в течение этого гарантийного периода может быть обеспечено либо той же гарантией исполнения, которая охватывает исполнение обязательств вплоть до завершения проекта, или же отдельной гарантией исполнения, называемой иногда эксплуатационной гарантией. Далее в тексте предполагается, что стороны хотят иметь лишь одну гарантию исполнения. Нижеизложенное соображение, имеющее отношение к гарантии исполнения, будет также иметь отношение к отдельной эксплуатационной гарантии.

Гарантии возмещения: функция

9. С целью оказания подрядчику помощи в закупке материалов и оборудования, а также в их использовании, заказчик часто выплачивает подрядчику часть стоимости в качестве аванса. Этот аванс будет засчитываться в счет сумм, причитающихся подрядчику за предоставление им услуг, материалов и оборудования. Для защиты заказчика от невозмещения аванса или от банкротства подрядчика в контракте может предусматриваться, что подрядчик должен представить гарантию возмещения в случае возникновения таких событий.

Выбор гарантов

I0. Заказчик может пожелать решить, следует ли ему конкретно указывать приемлемых для него гарантов. Преимущество этого заключается в том, что гаранты, которые могут быть указаны конкретно, имеют доказанное хорошее финансовое положение и в прошлом удовлетворительным образом улаживали возникавшие претензии. Недостаток этого указания заключается в том, что это может исключить подрядчиков, не имеющих доступа к указанным гарантам,или может помешать подрядчикам использовать гарантов, с которыми они имеют тесные отношения и которые готовы предоставить гарантии за небольшую плату.

II. Один возможный подход заключается в том, чтобы вначале подрядчику предоставить возможность предложить гаранта по своему выбору. Однако если предложенный гарант неприемлем для заказчика, то подрядчик должен заменить его приемлемым для заказчика гарантом. В этой связи заказчик должен также рассмотреть вопрос о том, следует ли ему оговорить, что приемлемыми для него являются лишь гарантии, предоставленные финансовыми учреждениями в стране заказчика. В некоторых странах правительственные положения могут предусматривать, что приемлемыми являются лишь гарантии, предоставляемые местными финансовыми учреждениями. Преимущество оговорки о том,что гарантии должны предоставляться учреждениями в стране заказчика, заключается в том, что это облегчает выполнение таких гарантий и получение причитающихся денег. Недостатки заключаются в том, что местные учреждения могут взимать бо́льшую плату за гарантии и могут не быть готовыми предоставить определенные формы гарантий, такие как долговое обязательство. Кроме того, местные организации могут не быть готовыми предоставить гарантии от имени неизвестных им иностранных подрядчиков. Можно было бы предоставить подрядчику право использовать неместных гарантов, но потребовать, чтобы местное финансовое учреждение подтвердило эту гарантию. В некоторых странах финансовое положение предоставляющих гарантии учреждений проверяется и утверждается правительственными учреждениями и, кроме того, устанавливаются пределы на суммы, которые они могут гарантировать. Заказчик может пожелать поставить условием, что если гарант предлагается из страны, где действуют эти положения, то он должен иметь соответствующее разрешение.

Характер обязательства гаранта

I2. В то время как контракт между подрядчиком и заказчиком может обусловливать характер и условия гарантии, которую обязан предоставить подрядчик, именно сама гарантия устанавливает взаимосвязь между гарантом и заказчиком. В соответствии с этим юридические взаимоотношения между заказчиком и гарантом регулируются положениями гарантии и применимыми к ней нормами права. В контракте между заказчиком и подрядчиком следует недвусмысленно указать, что заказчик может прибегнуть к гарантии только в том случае, когда имеет место фактическое неисполнение со стороны подрядчика. Однако в контракте могут также устанавливаться определенные ограничения на право заказчика использовать гарантию (например, если предусмотрено, что до того, как заказчик сможет прибегнуть к гарантии, подрядчик должен направить уведомление о неисполнении, и что после получения такого уведомления должен пройти установленный промежуток времени, прежде чем по гарантии может быть предъявлена претензия).

I3. По своей форме гарантия исполнения тесно связана с основным контрактом на производство работ, то есть, гарант должен оплачивать или организовывать исполнение при неисполнении подрядчиком его обязательств согласно контракту на производство работ. Однако на практике условия гарантии могут делать ее или независимой от контракта на производство работ или придавать ей вспомогательный характер.

I4. Типичным примером гарантии, которая на практике является независимой от обязательств по основному контракту на производство работ, является гарантия первого требования, согласно которой гарант обязан совершить платеж по требованию заказчика. Заказчик имеет по гарантии право на возмещение при простом его заявлении о неисполнении подрядчиком контракта. Ответственность гаранта никак не связана с тем, имело ли фактически место неисполнение контракта на производство работ и несет ли подрадчик ответственность за такое неисполнение.

I5. Гарантия будет носить вспомогательный характер в тех случаях, когда обязательство гаранта более тесным образом связано с ответственностью подрядчика за исполнение его обязательств по контракту на производство работ. Характер этой связи может быть различным в зависимости от конкретной гарантии. Например, от заказчика может требоваться установление ответственности подрядчика путем предоставления соответствующего арбитражного решения или гарант может иметь право ссылаться на некоторые виды правовой защиты, которые может иметь подрядчик в отношении неисполнения им работ. Такой вспомогательный характер обычно носит поручительство.

16. Преимуществом для заказчика гарантии по первому требованию является то, что ему обеспечивается быстрая компенсация средств по гарантии и от него не требуется доказательств неисполнения подрядчиком работ или же доказательств степени понесенного им ущерба. Заказчик может часто не обладать достаточным опытом для того, чтобы доказать неисполнение подрядчиком заказа. Кроме того, некоторые гаранты, в частности коммерческие банки, предпочитают гарантии по первому требованию, поскольку в этом случае оговариваются условия, при которых наступает их ответственность по уплате причитающейся суммы, и они не вовлекаются в споры между заказчиком и подрядчиком относительно того, имело ли место неисполнение обязательств в отношении производства работ. Однако стоимость получения гарантии по первому требованию может оказаться для заказчика выше по сравнению со стоимостью получения вспомогательной гарантии, поскольку подрядчик может пожелать включить в стоимость контракта сумму страховки против риска взыскания заказчиком по гарантии в тех случаях, когда фактически не имело место неисполнение подрядчиком своих обязательств, или же включить в стоимость контракта потенциальные издержки по вчинению иска против подрядчика за понесенный ущерб в случае такого взыскания. Кроме того, поскольку по условиям гарантии по первому требованию гарант несет больший риск платежа, сумма гарантии, как правило, не превышает весьма незначительную долю общей стоимости контракта. Недостатком гарантии по первому требованию для подрядчика является тот факт, что в случае взыскания по гарантии в нарушение условий контракта на производство работ фактическое взыскание ущерба с заказчика может быть сопряжено с трудностями и задержками, в то время как убытки, причиненные подрядчику, могут носить немедленный характер, поскольку гарант имеет возможность сразу же после производства платежа компенсировать свои расходы из средств подрядчика.

17. По условиям поручительства на заказчике лежит обязанность доказать, что подрядчик не исполнил взятые на себя обязательства и указать степень понесенного ущерба. Кроме того, все виды судебной защиты, которыми может воспользоваться подрядчик в случае вчинения ему иска за неисполнение работ, также доступны и для гаранта. Таким образом, существует возможность того, что заказчик будет втянут в продолжительную тяжбу в случае предъявления им претензии по гарантии. Однако денежные пределы ответственности гаранта могут быть значительно выше, чем по условиям гарантии по первому требованию, поскольку в данном случае гарант несет меньший риск платежа. Поручительство может также иметь некоторые преимущества в том случае, если заказчик не имеет возможности самостоятельно устранить недоделки и завершить строительство и ему требуется для этого помощь со стороны третьего лица. Однако в тех случаях, когда контракт предусматривает использование или передачу технологии, известной только подрядчику, устранение недоделок или завершение строительства третьим лицом может быть экономически нецелесообразным, и поручительство, в соответствии с которым гарант может использовать третье лицо для устранения недоделок или завершения строительства, может не иметь никаких преимуществ по сравнению с денежной гарантией.

18. Вместе с тем следует отметить, что формулировки гарантий определяются по соглашению между заказчиком, подрядчиком и гарантом. Стороны могут пожелать предусмотреть, что предоставляемая гарантия не является в чистом виде ни вспомогательной гарантией, ни гарантией по первому требованию. Так, они могут пожелать предусмотреть такую гарантию, в соответствии с которой определенная денежная сумма выплачивается лишь в случае представления письменного требования, которое сопровождается отдельным письменным заявлением с указанием или описанием фактов неисполнения обязательств, ставших причиной представления требования. Однако в таком случае на гаранта не возлагается обязанность проводить расследование правильности заявлений относительно неисполнения обязательств. Кроме того, можно также предусмотреть такую гарантию, в соответствии с которой деньги выплачиваются лишь в том случае, если к требованию заказчика прилагается свидетельство инженера или незаинтересованного третьего лица, которое действует в рамках механизма быстрого урегулирования споров, и в этом свидетельстве указывается, что имело место невыполнение обязательств со стороны подрядчика. Кроме того, общая заинтересованность обеих сторон в успешном выполнении контракта служит залогом незлоупотребления правами, предоставляемыми по гарантиям.

Срок предоставления гарантии

19. Разногласия между сторонами относительно формулировки и характера гарантий могут быть сведены к минимуму, если гарантия вступает в силу в момент заключения контракта. Для достижения этой цели заказчик может указать в своем приглашении на торги, какие именно гаранты являются для него приемлемыми, и заранее сообщить, какая форма гарантии требуется ему.
В другом случае стороны могут пожелать предусмотреть, что гарантия предоставляется в течение определенного непродолжительного периода времени после заключения контракта (такая гарантия может быть менее дорогостоящей). С тем чтобы заверить заказчика в том, что подрядчик, с

которым подписывается контракт, предоставит необходимые гарантии выполнения своих обязательств, на торгах может выдаваться гарантия, срок действия которой истекает после предоставления гарантии исполнения обязательств (см. главу IУ "Приглашение на торги и переговоры"). В соответствии с другим методом в приглашении на торги должно указываться, что к заявке на участие в торгах должен прилагаться выданный соответствующим учреждением - гарантом сертификат, оговаривающий, что в случае предоставления контракта данному оферту это учреждение даст такую гарантию выполнения обязательств, которая предусмотрена в приглашении на торги. Если по взаимному согласию будет предусмотрено, что гарантия предоставляется после заключения контракта, то стороны должны в самом контракте оговорить права заказчика в случае последующего непредоставления гарантии (например, возможность аннулировать контракт и потребовать возмещения убытков).

Пределы ответственности по гарантии

20. Ответственность гаранта, как правило, ограничивается конкретной суммой денег. Эта сумма может определяться как доля стоимости контракта или аванса. Конкретный размер этой доли может определяться на основе риска невыполнения обязательств с учетом тех пределов, которые обычно соблюдают при предоставлении гарантий в отношении строительства данного вида объектов. Выдвижение требований о предоставлении гарантии на очень крупную сумму может исключить из числа участников торга небольшие неприятности, поскольку они могут не обладать возможностью получить гарантии на такие крупные суммы. Стороны также должны определять валюту, в которой выплачивается сумма гарантии. В случае гарантии возмещения такой валютой может являться валюта, в которой был внесен аванс. В случае гарантии исполнения обязательств такой валютой может быть валюта, в которой выплачивается стоимость контракта. Если стоимость контракта должна быть выплачена в нескольких валютах, то можно указать одну конкретную валюту.

21. Контракт на строительство объекта может содержать некоторые ограничения ответственности подрядчика за неисполнение его обязательств, например, исключение ответственности за "косвенный" ущерб. В таких случаях стороны могут пожелать включить в гарантию такие же ограничения ответственности, как и в самом контракте. Однако в тех случаях, когда гарантия является вспомогательной (например, при поручительстве), применимое к гарантии право может предусматривать, что пределы ответственности гаранта соответствуют пределам ответственности подрядчика. Таким образом, если согласно применимому праву, ответственность подрядчика ограничена, ответственность гаранта будет также ограничена. Вместе с тем, если применимое право не дает четкого ответа на этот вопрос, то было бы предпочтительно специально оговорить это в гарантии.

22. Стороны могут также пожелать оговорить вопрос об уменьшении суммы гарантии после того, как строительство объекта продвинулось до определенного этапа. В отношении гарантий исполнения обязательств один из возможных подходов может предусматривать отсутствие такого сокращения. Это может быть оправдано тем фактом, что неисполнение обязательств может произойти на последнем этапе строительства, что влечет за собой выдвижение требования о компенсации полной суммы гарантии. В рамках другого подхода может предусматриваться сокращение суммы гарантии после принятия объекта заказчиком, поскольку механические и производственные испытания, проведенные до сдачи объекта (см. главу XIУ "Завершение строительства, сдача и приемка объекта"), должны были показать, что подрядчик осуществлял свои обязательства в соответствии с контрактом. Однако сокращение суммы гарантии лишь на основании приемки работ на одном из этапов строительства может являться неоправданным, поскольку компенсация за неисполнение обязательств на последующих этапах может потребовать полной суммы гарантий. Кроме того, такие виды неисполнения обязательств, как задержка строительства, как правило, происходят на заключительных, а не на первоначальных этапах строительства.

23. С тем чтобы полностью застраховать заказчика, целесообразно было бы предусмотреть, что ответственность по гарантии возникает в случае любого неисполнения обязательств, к которым относится гарантия. Так, в отношении гарантии исполнения обязательств ответственность по гарантии возникает в случае их невыполнения, в случае недоделок и задержки в строительстве. Гарант должен нести ответственность по компенсации ущерба и издержек, вызванных таким неисполнением обязательств.

Последствия изменения контракта

24. Важным вопросом в связи с гарантиями является вопрос о последствиях изменения объема обязательств по контракту (см. главу XXXУ "Оговорки о внесении изменений") на обязательства гаранта. Поскольку такие изменения приводят к возникновению новых обязательств подрядчика по контракту, гарант должен уделять им самое пристальное внимание. Значительное расширение или увеличение ответственности подрядчика может увеличить риск, которому подвергается гарант. В случае поручительства такое расширение или увеличение ответственности подрядчика может повлиять на способность гаранта устранить недоделки или закончить незавершенное строительство. Некоторые правовые системы предписывают, что, если иное не предусматривается в гарантии, изменение первоначального контракта может служить основанием для освобождения гаранта от ответственности; в другом случае гарант может нести ответственность лишь в пределах ответственности подрядчика на момент выдачи гарантии. Ввиду того, что в контракты на строительство часто вносятся изменения, стороны должны четко оговаривать этот вопрос в самой гарантии.

25. В данном случае можно придерживаться различных подходов. Поскольку пределы ответственности гаранта ограничены заранее оговоренной суммой и продолжительность гарантии также ограничена (см. пункты 28-32, ниже), гарант может согласиться нести свой ограниченный таким образом риск, даже если внесенные в контракт изменения могут до некоторой степени увеличить этот риск. При использовании такого подхода в гарантии должно четко указываться, что она остается действительной, причем ограничения, оговоренные в ее первоначальных условиях, остаются в силе, несмотря на внесение каких-либо изменений в контракт. Другой подход может заключаться в том, чтобы предусмотреть действительность ограниченной первоначальными условиями гарантии, несмотря на внесение в контракт любых изменений при том условии, что такие изменения в совокупности не увеличивают стоимость контракта более чем на предварительно согласованный процент. Если такой согласованный процент превышается, для действительности гарантии требуется согласие гаранта. Возможен и еще один подход, в соответствии с которым можно предусмотреть, что в случае изменения контракта гарантия остается в силе лишь в отношении тех договорных обязательств, которые не претерпели изменений. В отношении измененных обязательств для действительности гарантии требуется согласие гаранта.

26. Содержащиеся в контракте положения о внесении изменений и положения гарантии, касающиеся последствий изменений для этой гарантии, должны быть взаимно согласованными. Так, если контракт предоставляет заказчику одностороннее право потребовать некоторых изменений, то в гарантии не должно содержаться положений о том, что в случае любых изменений гарантия становится недействительной и неприменимой к неисполнению тех или иных обязательств. Подобное отсутствие согласования удерживало бы заказчика от осуществления его права потребовать внесения изменений.

27. Самих по себе положений, которые предусматривают действительность гарантии в соответствии с ее первоначальными условиями, может оказаться недостаточно для защиты интересов заказчика. Изменение контракта может предусматривать увеличение периода строительства или расширение ответственности подрядчика в случае неисполнения обязательств. Поэтому стороны могут пожелать предусмотреть, что в таких случаях подрядчик несет обязательство добиваться у гаранта соответствующих изменений условий гарантий, таких как срок ее действия, сумма гарантии и т.д. Издержки, связанные с такими изменениями, должны покрываться стороной, которая оплачивает расходы, связанные с внесением изменений в планы строительства (см. главу XXXУ "Оговорки о внесении изменений").

Срок действия гарантии

28. Заказчик заинтересован в том, чтобы гарантия охватывала весь период, в течение которого любые гарантированные обязательства подрядчика могут быть не выполнены. В случае гарантии исполнения обязательств гарантия должна охватывать не только период осуществления строительства, но также и срок действия гарантии качества (см. пункт 8, выше, и главу XXX "Невыполнение обязательств").

29. Гарант заинтересован в том, чтобы в гарантии четко указывался срок ее действия, т.е. срок, когда он прекращает нести риски по этой гарантии. Так, в частности, банки, как правило, настаивают на том, чтобы такая установленная дата указывалась в денежной гарантии исполнения обязательств, предоставляемой ими. Одним из способов, используемых для обозначения периода, охватываемого гарантией, является указание в гарантии на то, что иски не могут предъявляться по данной гарантии после указанной даты. В таких случаях стороны могут пожелать во время заключения контракта договориться о включении в гарантию строго установленной

даты. Эта дата устанавливается на основе оценки периода времени, требуемого для завершения исполнения всех обязательств, которые покрываются гарантией. Вместе с тем, в то время как наличие такой установленной даты может удовлетворять гаранта, это может создавать трудности для заказчика и подрядчика, поскольку в силу различных причин период времени, на который необходима гарантия, может быть продлен (например, из-за задержек в исполнении подрядчиком своих обязательств или в результате использования положений, предусматривающих освобождение от ответственности при определенных обстоятельствах). Поэтому в тех случаях, когда подрядчик не выполняет в полной мере свои обязательства по контракту к дате истечения срока действия гарантии, контракт должен обязывать подрядчика по требованию заказчика договориться о продлении срока действия гарантии на дополнительный период, необходимый для удовлетворительного выполнения обязательств подрядчика.

30. В случае поручительства гарант может не настаивать на установлении даты истечения срока действия гарантии. Однако в силу вспомогательного характера такого поручительства ответственность гаранта прекращается после выполнения подрядчиком своих обязательств, даже если в поручительстве не предусматривалось конкретной даты истечения срока гарантии. В соответствии с другим подходом поручительство может предусматривать невозможность предъявления претензий после даты окончательной выплаты подрядчику по контракту. Такая окончательная выплата должна производиться лишь после того, как заказчик убедился в выполнении подрядчиком его обязательств, поэтому в данном случае вполне логично предусмотреть невозможность предъявления претензий против гаранта после этой даты.

31. Что касается гарантии компенсации, предусматривающей конкретную дату истечения срока действия гарантии, то в этом случае могут возникнуть такие же сложности, как и в отношении гарантии исполнения обязательств. Если гарант не настаивает на установлении фиксированной даты истечения гарантии, один из возможных подходов может заключаться в том, чтобы предусмотреть прекращение действительности гарантии после того, как подрядчик предоставил услуги и оборудование на сумму гарантии. Факт осуществления таких поставок может быть подтвержден путем предъявления либо сертификата, подписанного инженером или заказчиком, либо документов, свидетельствующих о произведении поставок (например, накладных или транспортных документов, заверенных заказчиком, или квитанций, полученных от представителя заказчика).

32. Стороны могут также пожелать предусмотреть ситуацию, в которой действие контракта прекращается до истечения даты предъявления претензий по гарантии. Стороны могут пожелать предусмотреть, что претензии по гарантии могут предъявляться и после прекращения действия контракта при том условии, что они являются следствием неисполнения подрядчиком своих обязательств.

2. Гарантии исполнения обязательств, создаваемые условиями произведения платежа

33. Условия произведения платежа по контракту могут быть сформулированы таким образом, чтобы давать гарантии заказчику в случае невыполнения подрядчиком своих обязательств. В случае контракта на строительство объекта платежи, как правило, производятся частями по мере завершения очередных этапов работы. Один из методов составления графика платежей предусматривает, что инженер-консультант (или какая-либо независимая третья сторона) оценивает стоимость работ на определенных этапах строительства, и подрядчику подлежит выплате лишь эта оцениваемая сумма за вычетом заранее оговоренного процента. Таким образом, даже после завершения строительства (см. главу XIV "Завершение строительства, сдача и приемка объекта") подрядчику не выплачивается полная стоимость контракта. Полная стоимость, как правило, выплачивается лишь после того, как заказчик удостоверится в том, что объект построен без дефектов и функционирует в соответствии с контрактом.

34. Создаваемое таким образом обеспечение выгодно для заказчика в том смысле, что в случае невыполнения подрядчиком своих обязательств он может использовать невыплаченную сумму, не обращаясь для этого к третьей стороне. Недостатком является то, что, хотя по мере продвижения строительства вперед невыплаченная сумма увеличивается, она не представляет собой достаточного обеспечения на первоначальных этапах строительства. Некоторые подрядчики могут испытывать недостаток средств для финансирования строительства из-за того, что они не получают полной компенсации за уже проделанную работу и в результате этого вынуждены занимать деньги. В таких случаях расходы на такое заимствование могут быть включены подрядчиком в стоимость контракта.

35. Устанавливая процент, который вычитается из сметной стоимости в целях определения суммы, подлежащей выплате на каждом из этапов, стороны должны принимать во внимание целый ряд фактов, например, другие виды обеспечения, имеющиеся в распоряжении заказчика, сметную стоимость и издержки, которые несет подрядчик в результате такого вычитания. Стороны могут счесть, что после того как разница между сметной стоимостью и суммой, которая фактически подлежит выплате, достигает заранее оговоренного размера, заказчик обладает достаточным обеспечением. В таком случае они могут пожелать предусмотреть, что по достижении этой суммы за произведенную работу выплачивается полная сметная стоимость. В соответствии с другим подходом стороны могут предусмотреть, что после того, как упомянутая разница достигнет оговоренной суммы, процент, который должен вычитаться из сметной стоимости, необходимо сократить.

36. В контракте предусматриваются процедуры, в соответствии с которыми подрядчик должен представить заказчику доказательства того, что объект построен без дефектов и функционирует в соответствии с контрактом (см. главу XIII "Осмотр и испытания" и главу XIV "Завершение строительства, сдача и приемка объекта"). Выплата причитающегося остатка после завершения строительства должна увязываться с выполнением этих процедур. Так, контракт может предусматривать, что конкретная часть причитающегося остатка должна выплачиваться после сдачи объекта. Остальная часть может выплачиваться по истечении определенного периода времени после окончания срока действия гарантии качества при том условии, что заказчик не предъявляет за это время никаких претензий к подрядчику. Стороны могут также пожелать предусмотреть, что после сдачи объекта вся сумма причитающегося остатка должна быть выплачена подрядчику при том условии, что подрядчик дает гарантию по первому требованию, в соответствии с которой заказчик может впоследствии предъявить претензию на этот причитающийся остаток.

C. Гарантии платежа, предоставляемые заказчиком

37. Стороны могут пожелать рассмотреть вопрос о том, включать ли в условия контракта положение о гарантиях выполнения основного обязательства заказчика, т.е. выплаты стоимости строительства. Если строительство объекта финансируется международным кредитным учреждением или другим пользующимся надлежащей репутацией органом, подрядчик может иметь достаточные гарантии того, что за произведенное им строительство ему будет выплачено соответствующее вознаграждение. Кроме того, поскольку контракт на строительство объекта, как правило, предусматривает выплату причитающейся суммы по частям по мере продвижения строительства вперед, подрядчик может приостановить строительство, если какая-либо часть причитающейся ему суммы не была выплачена. Однако, если подрядчик предпочитает иметь специальное обеспечение, стороны могут пожелать предусмотреть платеж в соответствии с безотзывным аккредитивом.

38. Такой аккредитив означает безотзывное письменное обязательство банка (банка-эмитента), которое выдается подрядчику по просьбе заказчика и которое предусматривает выплату установленной суммы в пределах оговоренного срока и против представления соответствующих документов 2/.

39. Стороны могут пожелать определить конкретный банк, который должен выставить аккредитив. Обязательство любого признанного банка произвести выплату может, как правило, рассматриваться в качестве гарантии. Однако подрядчик может получить еще более широкие гарантии, если контракт предусматривает, что аккредитив должен быть подтвержден одним из банков в стране подрядчика. В этом случае подтверждающий банк принимает на себя ответственность, равную ответственности банка-эмитента. Подрядчик может получить платеж по такому аккредитиву, не сталкиваясь с трудностями, связанными с валютными ограничениями в стране заказчика. Однако выставление требования о таком подтверждении увеличивает издержки заказчика. Сторонам следует также достичь согласия относительно времени открытия аккредитива. Открытие аккредитива одновременно с подписанием контракта создает дополнительные гарантии для подрядчика.

40. Содержащиеся в контракте условия платежа (например валюта, в которой производится платеж, сумма выплат по частям и время платежей) должны быть согласованы с условиями платежа по аккредитиву. Сторонам следует договориться о том, каким образом указывается сумма, подлежащая выплате по аккредитиву (например, может быть указана сумма, достаточная для оплаты любой части стоимости работ, подлежащих оплате в соответствии с графиком платежей, и после каждой такой выплаты сумма аккредитива автоматически восстанавливается до своего первоначального объема вплоть до выплаты всей суммы контракта - так называемый "автоматически возобновляемый аккредитив"). Условия платежей по аккредитиву должны быть согласованы с учетом коммерческой практики банков в отношении аккредитивов и стоимости различных возможных операций. Во всех случаях аккредитив обеспечивает максимальную сумму, подлежащую выплате по нему.

41. Стороны должны четко оговорить в своем контракте, по каким документам банк производит платеж и какими должны быть формулировка и содержание этих документов. Такие документы, как правило, подтверждают поставки услуг, оборудования или материалов, в связи с которыми производится платеж. Таким образом, могут быть представлены различные документы (например, заключение инженера о состоянии хода строительства, транспортные документы или квитанции о приеме оборудования или материалов, выданные представителем заказчика).

42. Подрядчик заинтересован в том, чтобы аккредитив охватывал весь период времени, в течение которого любое платежное обязательство заказчика может оставаться невыполненным. Банки, как правило, настаивают на том, чтобы аккредитив имел ограниченный срок действия. Определение такого срока может быть связано с рядом трудностей. Хотя в контракте может указываться дата окончательного платежа, эта дата может быть отложена в силу различных причин (например, задержка работ по вине подрядчика или возникновение освобождающих от ответственности обстоятельств, препятствующих осуществлению строительства или внесению платежа). Один из возможных подходов может состоять в том, чтобы установить срок истечения действия аккредитива путем добавления к дате окончательного платежа, указанной в контракте, разумного периода времени на случай возможных задержек с внесением окончательного платежа.

D. Обеспечительные интересы в собственности

43. В дополнение к рассмотренным выше методам обеспечения гарантий исполнения стороны могут рассмотреть возможности, открывающиеся в результате создания обеспечительных интересов в собственности. Такие обеспечительные интересы могут создаваться, независимо от соглашения сторон, в силу действия обязательных положений применимого права (например, подрядчику, поставляющему рабочую силу и материалы для строительства, могут быть предоставлены обеспечительные интересы в сооружаемом объекте в качестве обеспечения платежей, причитающихся ему). Стороны могут пожелать оговорить пределы, в которых обеспечительные интересы могут создаваться путем применения норм права, и установить свои права по таким обеспечительным интересам. Кроме того, в целях своей защиты стороны могут пожелать установить обеспечительные интересы по взаимному соглашению. В этой ситуации могут применяться обязательные юридические нормы, регулирующие способ создания таких обеспечительных интересов и их пределы. Во многих правовых системах такие обеспечительные интересы страдают рядом недостатков (например, длительность процедуры реализации залогового обеспечения, неопределенность норм, регулирующих очередность различных кредиторов, и действие законов о банкротстве в случае банкротства должника). Более того, специфика контракта на строительство объекта такова, что некоторые формы обеспечения не предоставляют существенной степени защиты. Так, заказчик, получивший обеспечительный интерес в виде строительных механизмов подрядчика, может обнаружить, что по истечении определенного периода времени такие механизмы представляют для него чрезвычайно незначительную ценность, а подрядчик, получивший право продать поставленное им оборудование, которое стало собственностью заказчика, может обнаружить, что продажа такого оборудования в стране заказчика приносит ему недостаточную выгоду.

1/ Характер резервных аккредитивов описывается в докладе Генерального секретаря "Резервные аккредитивы" (A/CN.9/163), Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, том X: 1979 год, часть II, B.

2/ Такие аккредитивы, как правило, регулируются Единообразными обычаями и практикой Международной торговой палаты в отношении документарных аккредитивов. Эти Единообразные обычаи и практика устанавливают нормы, касающиеся открытия и действия аккредитивов. Последний пересмотренный вариант Единообразных обычаев и практики (документ МТП № 400) должен вступить в силу с I октября 1984 года.

B. Седьмая сессия Рабочей группы по новому международному экономическому порядку

I. Доклад Рабочей группы по новому международному экономическому порядку о работе ее седьмой сессии (Нью-Йорк, 8-19 апреля 1985 года)

(A/CN.9/262) а/

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
ВВЕДЕНИЕ	1-11
ИНЖЕНЕР-КОНСУЛЬТАНТ	12-24
ПЕРЕДАЧА ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ	25-27
ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО	28-37
ЦЕНА	38-56
ПЕРЕДАЧА ТЕХНОЛОГИИ	57-77
РАБОТЫ НА СТРОИТЕЛЬНОЙ ПЛОЩАДКЕ	78-94
ПЕРЕСМОТРЕННЫЙ ВАРИАНТ ТЕМАТИЧЕСКОГО ПРОЕКТА СТРУКТУРЫ	95-99
ВЫБОР МЕТОДА ЗАКЛЮЧЕНИЯ КОНТРАКТА	100-121
ЗАВЕРШЕНИЕ, ПРИЕМКА И ПРИНЯТИЕ ОБЪЕКТА	122-146
ПРОЦЕДУРА ЗАКЛЮЧЕНИЯ КОНТРАКТА	147-160
ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ И БУДУЩАЯ РАБОТА	161

а/ Рассмотрение Комиссией, см. Доклад, глава IV (часть первая, A, выше).

ВВЕДЕНИЕ

I. На своей одиннадцатой сессии Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли постановила включить в свою программу работы вопрос, озаглавленный "Правовые последствия нового международного экономического порядка", и учредила Рабочую группу для рассмотрения этого вопроса 1/. На своей двенадцатой сессии Комиссия определила государства - члены Рабочей группы 2/. На своей тринадцатой сессии Комиссия постановила, что в состав Рабочей группы будут входить все государства - члены Комиссии 3/. Таким образом, в состав Рабочей группы входят следующие государства: Австралия, Австрия, Алжир, Бразилия, Венгрия, Гватемала, Германии, Федеративная Республика, Германская Демократическая Республика, Египет, Индия, Ирак, Испания, Италия, Кения, Кипр, Китай, Куба, Мексика, Нигерия, Объединенная Республика Танзания, Перу, Сенегал, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Союз Советских Социалистических Республик, Сьерра-Леоне Тринидад и Тобаго, Уганда, Филиппины, Франция, Центральноафриканская Республика, Чехословакия, Швеция, Югославия и Япония.

2. На своей первой сессии Рабочая группа рекомендовала Комиссии включить, по мере возможности, в ее программу работы, в частности, вопрос о согласовании, унификации и обзоре договорных положений, часто встречающихся в международных договорах в области промышленного развития 4/. Комиссия на своей тринадцатой сессии согласилась уделять первоочередное внимание работе, касающейся этих договоров, и просила Генерального секретаря провести исследование в отношении договоров о снабжении и строительстве крупных промышленных объектов 5/.

3. Исследование 6/, подготовленное секретариатом, было рассмотрено Рабочей группой на ее второй и третьей сессиях 7/. На своей третьей сессии Рабочая группа просила секретариат во исполнение решения Комиссии, принятого на ее четырнадцатой сессии 8/, начать разработку проекта правового руководства по договорным положениям, касающимся договоров на поставку и строительство крупных промышленных объектов 9/. В правовом руководстве должны быть выявлены правовые вопросы, связанные с такими договорами, и предложены возможные решения для оказания помощи сторонам, в частности из развивающихся стран, в их переговорах 10/.

4. На своей четвертой сессии Рабочая группа рассмотрела проект схемы структуры правового руководства и некоторые примерные проекты глав, подготовленные секретариатом 11/, и просила секретариат ускорить подготовку правового руководства 12/. На своей пятой сессии 13/ Рабочая группа обсудила некоторые дополнительные проекты глав и записку о структуре правового руководства 14/. На своей шестой сессии 15/ Рабочая группа продолжила обсуждение проектов глав 16/.

5. Рабочая группа провела свою седьмую сессию в Нью-Йорке с 8 по 19 апреля 1985 года. На ней присутствовали все члены Рабочей группы, за исключением Алжира, Нигерии, Объединенной Республики Танзании, Сингапура, Сьерра-Леоне, Тринидада и Тобаго, Уганды и Центральноафриканской Республики.

6. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Аргентины, Болгарии, Габона, Гондураса, Греции, Доминиканской Республики, Индонезии, Ирана (Исламская Республика), Канады, Катара, Корейской Народно-Демократической Республики, Корейской Республики, Мозамбика, Нидерландов, Омана, Польши, Святейшего Престола, Таиланда, Турции, Финляндии, Чили, Швейцарии и Эквадора.

7. На сессии также присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций:

a) Органы системы Организации Объединенных Наций

Организация Объединенных Наций по промышленному развитию
Учебный и научно-исследовательский институт Организации Объединенных Наций

b) Специализированные учреждения

Всемирный банк

c) Межправительственные организации

Афро-азиатский консультативно-правовой комитет
Европейское экономическое сообщество
Межамериканский банк развития

d) Международные неправительственные организации

Международная ассоциация юристов
Международная торговая палата
Международная федерация инженеров-консультантов

8. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Лейф СЕВОН (Финляндия)*

Докладчик: г-жа Елена ВИЛУС (Югославия)

9. На рассмотрении Рабочей группы находились шесть следующих проектов глав правового руководства по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов: "Цена" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1), "Инженерно-консультативная фирма" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.2), "Передача технологии" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.3), "Передача права собственности" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.4), "Применимое право" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.5), "Работы на строительной площадке" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.6), пересмотренный проект схемы структуры правового руководства (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.7), пересмотренные проекты глав "Выбор подхода при заключении контракта" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.8), "Завершение, приемка и передача" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.9) и "Процедура заключения контракта" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.10).

10. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц.

2. Утверждение повестки дня.

3. Рассмотрение проектов глав правового руководства по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов.

4. Прочие вопросы.

5. Утверждение доклада.

11. Рабочая группа приступила к обсуждению представленных ей документов в порядке, который изложен ниже.

ИНЖЕНЕР-КОНСУЛЬТАНТ [17]

12. Было выражено общее мнение, что в руководстве должна подчеркиваться важность того, чтобы положения контракта на производство работ, касающиеся инженера-консультанта, не противоречили положениям контракта между заказчиком и инженером-консультантом. Вместе с тем предлагалось, чтобы в руководстве было указано, что контракт на производство работ не должен затрагивать вопроса взаимоотношений между заказчиком и инженером-консультантом. Предлагалось также указать в руководстве, что некоторые международные кредитно-финансовые учреждения, а также законодательные нормы, действующие в некоторых правовых системах, могут запрещать выступать в качестве инженера-консультанта по контракту на производство работ специалисту, осуществляющему технико-экономическое обоснование, поскольку на его заключение в отношении технико-экономической целесообразности проекта может повлиять перспектива использования его услуг в ходе строительства объекта.

13. Что касается функций инженера-консультанта, то предлагалось, чтобы в разделе "Общие замечания" было указано, что такие функции будут различными в зависимости от характера контракта на производство работ. Предлагалось также сформулировать пункт 1 таким образом, чтобы он не мог быть истолкован как допускающий возможность участия инженера-консультанта в выполнении управленческих функций в рамках контракта.

---

* Председатель был избран в своем личном качестве.

I4. Высказывались различные мнения в отношении выполнения инженером-консультантом независимых функций. Согласно одной точке зрения, нереалистично ожидать, что подрядчик согласится на выполнение некоторых независимых функций (например, урегулирование споров или засвидетельствование факта наличия затруднительных обстоятельств или прав на приостановление или прекращение действия контракта) инженером-консультантом, выбранным заказчиком и оказывающим услуги заказчику или действующего от его имени. Высказывалось предложение о том, чтобы полномочия на выполнение независимых функций предоставлялись инженеру-консультанту лишь в исключительных случаях. В соответствии с другим предложением независимые функции, которые могут выполняться инженером-консультантом, должны носить ограниченный характер, например, сводиться к функциям технического характера.

I5. Было выражено мнение, что следует сохранить положения, касающиеся выполнения инженером-консультантом независимых функций, поскольку соответствующие полномочия иногда предоставляются инженерам-консультантам на практике. Указывалось, что в некоторых случаях стороны могут счесть целесообразным уполномочить инженера-консультанта выполнять такие функции, учитывая, что она в курсе всех дел, связанных со строительством, и в состоянии быстро решать возникающие в связи с ним вопросы, проблемы и споры. Вместе с тем было выражено мнение, что предоставление таких полномочий инженеру-консультанту следует рассматривать как один из возможных вариантов, которые стороны, возможно, пожелают изучить при подготовке контракта на производство работ, а не как рекомендацию для включения в контракт.

I6. В связи с вопросом о предоставлении инженеру-консультанту полномочий на выполнение независимых функций было высказано мнение, что следует проводить различие между теми случаями, когда инженер-консультант выбирается заказчиком самостоятельно, и случаями, когда инженер-консультант выбирается по согласованию между обеими сторонами. Высказывались мнения, что в первом случае инженер-консультант не должен уполномочиваться на выполнение каких-либо независимых функций, либо эти функции должны быть ограничены. Согласно другой точке зрения, инженер-консультант, выбранный заказчиком самостоятельно, не должен иметь полномочий принимать решения, обязательные для подрядчика. Наряду с этим высказывалось мнение, что нет оснований лишать инженера-консультанта возможности принимать обязательные решения, если стороны доверяют этой фирме и согласны предоставить ей полномочия принимать такие решения, даже если она и выбрана заказчиком самостоятельно. В тех случаях, когда инженерно-консультативная фирма выбирается обеими сторонами, она может быть уполномочена выполнять независимые функции более широкого характера, включая принятие решений, обязательных для обеих сторон. Указывалось, что инженер-консультант не должен выполнять независимые функции, касающиеся вопросов, в отношении которых она предоставляла услуги или выступала от имени заказчика, и что при выполнении независимых функций она должна действовать беспристрастно по отношению как к заказчику, так и подрядчику.

I7. Высказывалось предложение о том, чтобы каждая сторона при заключении контракта назначала своего инженера-консультанта и чтобы выбранные таким образом инженеры-консультанты имели полномочия принимать обязательные для сторон решения, касающиеся вопросов технического характера. Другое предложение состояло в том, что один инженер-консультант мог бы оказывать консультативные и технические услуги заказчику и действовать от его имени, а другая - выполнять независимые функции. Вместе с тем было выражено мнение, что неразумно привлекать одновременно более одной инженерно-консультативной фирмы.

I8. Указывалось также, что инженеру-консультанту можно было бы предоставить полномочия принимать обязательные для сторон решения в тех случаях, когда речь идет о материальных ценностях или расходах, не превышающих определенной установленной суммы, а в остальных случаях принимать решения с участием независимого посредника, поименованного в контракте, к которому всегда можно было бы обратиться при принятии таких решений. Если посредничество не даст желаемого результата, вопрос должен решаться в порядке арбитражного или судебного разбирательства. Предлагалось также, чтобы инженеру-консультанту, уполномоченному осуществить те или иные действия или принять то или иное решение самостоятельно, было вменено в обязанности осуществить такие действия или принять такое решение в течение указанного периода времени.

I9. В отношении функций, перечисленных в пункте 8, было выражено общее мнение, что секретариат должен вновь рассмотреть вопрос о том, какие функции следует считать независимыми и какие - выполняемыми от имени заказчика. Кроме того, предлагалось, чтобы секретариат изучил вопрос о том, какие из этих функций должны рассматриваться в главе "Урегулирование споров". По общему мнению, инженер-консультант не должен иметь полномочий изменять условия контракта с учетом возникших трудностей, если стороны не смогли достичь договоренности в отношении таких изменений.

20. В отношении выбора инженера-консультанта секретариатом было отмечено, что во многих случаях информация об инженере-консультанте, назначенного заказчиком, сообщается подрядчику до заключения контракта и в контракте указывается его имя; в таких случаях инженера-консультанта можно было бы считать выбранным обеими сторонами.

21. Что касается замены инженера-консультанта, то было выражено общее мнение, что заказчик должен иметь возможность выбирать новую фирму без участия подрядчика, если прежний инженер-консультант оказывал услуги только заказчику или выступал только от его имени. Что касается случая, когда инженер-консультант должен выполнять независимые функции, то высказывалось мнение, что если заказчик выбрал инженера-консультанта без участия подрядчика, то он должен иметь возможность подбирать замену также без участия подрядчика. Однако в этом случае заказчик обязан уведомить подрядчика о выбранном им новом инженер-консультанте. С другой стороны, если инженер-консультант был выбран по согласованию между заказчиком и подрядчиком, аналогичным образом должна подбираться и замена. Указывалось, что, если заказчику разрешается подбирать замену без участия подрядчика, ему должно быть запрещено назначать инженера-консультанта из числа своих сотрудников. Отмечалось, что международные кредитно-финансовые учреждения могут возражать против участия подрядчика в выборе замены лишь тогда, когда новый инженер-консультант должен только оказывать услуги заказчику или же выступать от его имени, но не тогда, когда он должен выполнять независимые функции.

22. Высказывалось мнение, что если подрядчику будет разрешено возражать, при наличии "достаточных оснований", против предлагаемой заказчиком замены, то таким основанием следует считать, в частности, отсутствие у подрядчика информации о предлагаемом в качестве замены инженера-консультанта. Предлагалось, чтобы в контракте было предусмотрено, что в том случае, когда стороны не могут договориться о замене, они могли обратиться к третьей стороне с просьбой сделать выбор за них. Было выражено общее мнение, что руководство должно рекомендовать сторонам согласовывать вопрос о том, в какой степени новый консультант должен быть связан действиями и решениями, принятыми прежним консультантом.

23. Что касается делегирования полномочий инженерно-консультативной фирмы, то высказывалось предложение опустить в пункте 17 проекта главы ссылку на возможность делегирования полномочий консультативной фирмы ее сотрудникам. Предлагалось также указать в соответствующей главе, что делегирование полномочий инженерно-консультативной фирмы регулируется нормами некоторых национальных правовых систем.

24. Что касается информации и доступа, предоставляемых инженерно-консультативной фирме, то было выражено общее мнение, что консультативная фирма не должна иметь бóльших прав, чем заказчик. Было выражено мнение, что контракт на производство работ должен предоставлять инженерно-консультативной фирме полномочия требовать от подрядчика график строительно-монтажных работ и вносить изменения в этот график, координировать работу всех подрядчиков, осуществляющих строительство, производить инспекцию объекта в ходе строительства, а в случае заключения контракта на условиях возмещения расходов - проверять счета подрядчика. Было также выражено мнение, что инженер-консультант должен иметь такие полномочия только в отношении его независимых функций. Большинство, однако, придерживалось того мнения, что любые такие полномочия инженерно-консультативной фирмы должны быть производными от полномочий самого заказчика и должны предоставляться инженерно-консультативной фирме по его усмотрению. Было предложено, чтобы вопрос о роли инженерно-консультативной фирмы в составлении графика строительно-монтажных работ был рассмотрен в разделе "Предоставление заказчику консультаций и технического опыта".

ПЕРЕДАЧА ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ 18/

25. Было выражено мнение, что может возникнуть путаница между терминами "plant" и "works", и поэтому между ними следует провести более четкое различие. Был поднят вопрос о том, должен ли в руководстве затрагиваться такой аспект, как передача права собственности на инструменты и строительную технику, используемые при осуществлении строительства. Широкую поддержку получило мнение о том, что этого вопроса не следует касаться в настоящей главе и что его следует рассмотреть в другой главе, например, в главе, касающейся гарантии выполнения договора, включив в нее соответствующие перекрестные ссылки.

26. Отмечалось, что в раздел "Общие замечания", возможно, потребуется внести некоторые уточнения. Было выражено мнение, что, возможно, потребуется уточнить вопрос о связи между передачей права собственности и переходом риска, поскольку в рамках некоторых правовых систем момент передачи права собственности может совпадать с моментом перехода риска убытков или ущерба, если стороны не договорятся в контракте об ином.

27. Была достигнута договоренность об объединении пунктов 4 и 5, а также о том, чтобы вопрос о времени передачи права собственности на оборудование и материалы рассматривался лишь в общих чертах без ссылок на примеры, содержащиеся в нынешнем тексте. Однако следует подчеркнуть необходимость избегать многократной передачи имущества. Заголовок раздела C должен быть скорректирован с учетом терминологии, которая будет использована в окончательном тексте руководства.

ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО I9/

28. Отмечалось, что глава составлена исходя из того, что для регулирования своего контракта стороны выбирают нормы правовой системы одного из государств. Однако возможны и другие подходы, например, контракт может регулироваться правовыми принципами, общими для правовых систем двух стран, к которым принадлежат стороны, или же общепризнанными в международной торговле общими принципами права. Стороны также могут предусмотреть, что разные договорные обязательства будут регулироваться нормами разных правовых систем. Было отмечено, что при рассмотрении последних подходов в главе также необходимо указать на возможные трудности, характерные для этих подходов. Так, например, могут возникнуть трудности в определении указанных правовых принципов. Кроме того, определенные правовые системы могут не признавать действительность такого выбора, вследствие чего суды будут определять право, регулирующее контракт, на основе норм международного частного права. Предлагалось изменить название главы на "Выбор права". Предлагалось также изменить название главы во французском тексте на "Loi applicable".

29. Многие согласились с тем, что в большинстве правовых систем не существует конкретных положений, касающихся сложных контрактов на сооружение объектов. По этой причине сторонам следует рекомендовать по мере возможности разрешать проблемы, которые могут возникнуть в рамках контрактов на сооружение объектов, посредством включения в контракт соответствующих условий.

30. Было выражено мнение о том, что в руководстве необходимо обратить внимание сторон на вопрос о факторе времени в связи с выбором применимого права, т.е. является ли применимым правом то право, которое преобладает в момент заключения контракта, исключая последующие изменения, или таковым является право, преобладающее в момент заключения контракта с учетом последующих изменений. В руководстве также можно было бы обратить внимание сторон на возможность применения норм права посредством их включения в контракт в форме условий контракта. Кроме того, сторонам можно было бы высказать рекомендацию в отношении того, что применение одного и того же права как к контракту на сооружение объектов, так и к контрактам между подрядчиком и субподрядчиками может облегчить координацию таких контрактов.

31. Было отмечено, что приведенное в проекте главы описание императивных норм, которые могут ограничивать самостоятельность сторон в выборе применимого права, не является достаточно подробным. Например, императивные нормы, регулирующие несправедливые условия контрактов, могут ограничивать самостоятельность стороны. Кроме того, стороны не могут отступать от определенных норм международного частного права, определяющих, какое право применимо для решения отдельных вопросов, связанных с недвижимым имуществом. Также было отмечено, что суд может отступать от применения отдельных положений выбранного сторонами права, применив правовые нормы, имеющие характер "публичного порядка".

32. Были выражены различные мнения в отношении содержащегося в главе предложения о том, что при выборе права стороны должны ссылаться на конкретные "материальные" нормы какой-либо правовой системы. Было отмечено, что термин "материальные" может иметь разные значения: он может быть использован для того, чтобы подчеркнуть отличие от норм международного частного права, или же отличие от процедурных норм. Согласно одной точке зрения, при выборе права нет необходимости в использовании этого термина, поскольку очевидно, что выбор правовой системы не предусматривает выбора норм международного частного права или процедурных норм. Согласно другому мнению, использование этого термина желательно для того, чтобы показать, что стороны по крайней мере исключают применение норм международного частного права. В этой связи было отмечено, что, хотя выбор процедурного права для управления процедурой урегулирования споров будет неэффективен, когда споры рассматриваются в суде (поскольку суд всегда использует свое собственное процедурное право), такой выбор может быть эффективным в тех случаях, когда споры регулируются посредством арбитража.

33. Рабочая группа рассмотрела содержащуюся в главе ссылку на возможность применения к контрактам на строительство объектов Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи (Вена, I980 год). Было отмечено, что следует более подробно рассмотреть положения Конвенции, определяющие те случаи, в которых Конвенция применима к договорам на поставку товаров, подлежащих изготовлению или производству. Согласно одному мнению, эти

положения приводят к тому, что Конвенция очень редко применяется к контрактам на строительство объектов. Однако, согласно другому мнению, в некоторых правовых системах контракты на строительство объектов классифицируются как договоры купли-продажи. Таким образом, в результате выбора сторонами такой правовой системы для регулирования контракта на строительство объектов Конвенция станет применимой. Было также отмечено, что в отдельных случаях стороны могут особо пожелать руководствоваться положениями Конвенции для регулирования своего контракта. Было поддержано мнение о том, что любое рассмотрение возможного применения Конвенции к контрактам на строительство объектов должно содержаться в тексте главы, а не в сноске.

34. Было выражено мнение о том, что вместо прямого выбора права, которое должно регулировать контракт, стороны могут выбрать суд для решения споров, возникающих в рамках контракта, или выбрать арбитражное учреждение, в соответствии с арбитражными нормами которого должны рассматриваться такие споры. В этом случае применимое право может быть выбрано таким судом или арбитрами. Было также высказано предложение о том, что вопросы, непосредственно связанные с выбором юрисдикции, например, касающиеся недействительности такого выбора, более уместно рассматривать в главе об урегулировании споров, а не в этой главе.

35. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, каким образом может быть сформулирована оговорка о выборе права. Значительную поддержку получило мнение о том, что в положении о выборе права необходимо лишь определить правовую систему, которая должна регулировать контракт. Определенную поддержку получило мнение о том, что помимо такого определения в положении о выборе права следует указывать, что избранное право должно регулировать содержание и действительность контракта и, возможно, последствия его недействительности. В ответ на это было отмечено, что с точки зрения логики невозможно выбрать право, регулирующее вопросы содержания и действительности контракта, поскольку такой выбор будет эффективным лишь тогда, когда контракт уже разработан и действителен. В меньшей степени было поддержано мнение о том, что в положении о выборе права следует подробно перечислять вопросы, которые должны регулироваться избранным правом. Была достигнута договоренность в отношении того, что иллюстративное положение о выборе права должно быть представлено в главе в трех вариантах, иллюстрирующих эти разные подходы. Была достигнута договоренность в отношении того, что фраза "императивные правовые нормы публичного характера" нуждается в разъяснении.

36. Рабочая группа рассмотрела содержащееся в проекте главы обсуждение вопроса о стороне, которая подвергается риску в случае изменения императивных норм, касающихся технических аспектов объекта или его строительства, или в случае создания новых норм после заключения контракта (пункт I7). Было отмечено, что значение этого обсуждения было бы более очевидным, если бы рекомендация, которая непосредственно предшествовала этому обсуждению и касалась обязательства, налагаемого на подрядчика (т.е. обязательства строить объект в соответствии с применимыми техническими правовыми нормами - пункт I6), была изменена. В руководство следует включить рекомендацию о том, что подрядчик обязан строить объект в соответствии с применимыми техническими правовыми нормами, преобладающими во время заключения контракта.

37. Предлагалось перенести обсуждение вопроса об определении стороны, которой следует вменять в обязанность получение санкций, разрешений или лицензий, необходимых для осуществления контракта, в другую главу, в которой такое обсуждение было бы более уместным. Отмечалось также, что раздел, озаглавленный "Общие замечания", нуждается в разъяснениях. В этом разделе необходимо более четко изложить проблемы, которые рассматриваются в последующих разделах данной главы. Было также выражено мнение о том, что в главу необходимо включить больше иллюстративных положений. Было внесено несколько предложений об улучшении формулировок данной главы.

ЦЕНА 20/

38. Было предложено увязать название главы и с "условиями платежа". Было предложено изменить название главы, а именно: "Цена" изменить на "Расходы". Однако это предложение не было принято. Было высказано мнение о том, что в разделе "Общие замечания" следует указать, что международные кредитные учреждения могут требовать того или иного решения вопросов, рассматриваемых в данной главе. Было высказано предложение о том, чтобы вопрос о корректировке цены был обсужден в основных главах, в которых рассматриваются различные обстоятельства, которые могут привести к необходимости такой корректировки, например, в главах "Статьи об изменениях" и "Оговорки об особо затруднительных обстоятельствах". Секретариату было поручено рассмотреть вопрос о возможности включения в данную главу дополнительных иллюстративных положений.

39. Было высказано мнение о том, что в руководстве не следует рассматривать случай, когда в контракте не предусматривается никакого метода установления цены, поскольку на практике этого не происходит. Было подчеркнуто, что метод установления цены единицы продукции неадекватен двум другим методам установления цены, о которых говорится в пункте 2. Было высказано предложение изменить формулировку пункта 5, чтобы ясно показать, каковы будут последствия нарушения правовых норм, о которых говорится в данном пункте.

40. Относительно терминологии, которая должна использоваться в разделе о корректировке и пересмотре цены, были высказаны различные точки зрения. Было выражено общее мнение о том, что следует провести более четкое разграничение между корректировкой и пересмотром. Высказывалось мнение о том, что паушальная цена должна пересматриваться только в соответствии с применимым правом или в соответствии с оговоркой о пересмотре, включенной в контракт. Было предложено указать в руководстве, что в некоторых правовых системах предусматривается корректировка цены даже в том случае, если в контракте не содержится положения по этому вопросу. Кроме того, было высказано мнение о том, что цена должна быть стабильной, а корректировка или пересмотр цены должны являться исключением. В этой связи было предложено изъять из второго предложения пункта 8 фразу "в соответствии со статьей контракта цена может быть скорректирована и пересмотрена".

41. Предлагалось особо подчеркнуть зависимость между методом установления цены и необходимостью в корректировке или пересмотре цены. Отмечалось, что при применении метода установления цены на основе компенсируемых издержек при определенных обстоятельствах может возникнуть необходимость в корректировке или пересмотре потолка стоимости или запланированных издержек, установленных в контракте (например, при изменении объема строительных работ). Было высказано мнение о том, что некоторые из вариантов, о которых говорится в разделе, касающемся корректировки цены, касаются не корректировки цены, а ответственности одной из сторон. Что касается изменений местных правил, то было предложено изложить в руководстве лишь возникающие в этой связи проблемы, а выбор того или иного решения проблем предоставить сторонам.

42. В пункте 9 предлагалось указать, что подрядчик может оградить себя от риска, о котором говорится в данном пункте, путем включения в контракт положения о корректировке или пересмотре. Высказывалось предложение об изменении формулировки пункта 9 таким образом, чтобы в нем просто говорилось о рисках, связанных с различными методами установления цены. Предлагалось исключить слово "качество" из последнего предложения данного пункта. Отмечалось, что было бы полезно провести более четкое разграничение между паушальной ценой, которая при определенных обстоятельствах может быть пересмотрена, и фиксированной ценой. Отмечалось также, что в некоторых случаях метод определения цены на основе компенсируемых издержек применяется даже в контрактах, предусматривающих строительство "под ключ", и поэтому предлагалось соответственно изменить формулировку первого предложения пункта 15 проекта.

43. В отношении метода определения цены на основе компенсируемых издержек предлагалось уточнить различие между компенсируемыми издержками и вознаграждением; предлагалось также, чтобы в руководстве было указано, какие расходы, понесенные подрядчиком, могут быть покрыты за счет вознаграждения и таким образом не должны рассматриваться в качестве компенсируемых издержек. Было отмечено, что даже при наличии согласия относительно фиксируемого вознаграждения подрядчик обычно заинтересован в скорейшем завершении строительства.

44. Предлагалось, чтобы в руководстве были описаны различные типы используемых на практике контрактов на основе компенсируемых издержек (например, контракты на основе "стоимость + проценты" и "стоимость + фиксируемое вознаграждение"). Было высказано мнение о том, что руководство не должно исходить из того, что метод определения цены является единственным фактором, стимулирующим своевременное завершение строительства подрядчиком. Предлагалось внести в руководство рекомендацию о том, чтобы метод определения цены на основе компенсируемых издержек не применялся в том случае, когда сметная стоимость строительных работ неизвестна заказчику во время заключения контракта; отмечалось, однако, что эта стоимость, как правило, заказчику известна. Указывалось, что участие заказчика в выборе субподрядчиков подрядчика является одним из методов контроля за размерами компенсируемых издержек (а именно, за стоимостью услуг субподрядчика) только в отношении тех субподрядчиков, которые конкретно не указаны в контракте.

45. Отмечалось, что международные кредитные учреждения не во всех случаях выступают против применения метода установления цены на основе компенсируемых издержек. Предлагалось исключить пункт 13. Значительную поддержку получило мнение о том, что при применении метода компенсируемых издержек заказчик должен получить право на осуществление ревизии учетных документов подрядчика для проверки расходов, понесенных последним. Было выражено мнение о том, что

приостановление действия контракта в тех случаях, когда фактические издержки превышают запланированные, является нежелательным, а также о том, что ссылка на такую возможность должна быть либо исключена из руководства, либо ограничиваться лишь теми случаями, когда был превышен установленный потолок. Предлагалось включить данный вопрос в главу "Приостановление действия контракта".

46. Предлагалось включить в руководство больше типичных примеров установления цены за единицу продукции. Было высказано мнение о том, что в руководстве должна делаться ссылка на возможность корректировки стоимости единицы выполненных строительных работ, когда количество таких единиц изменяется на большую величину, чем это было предусмотрено в контракте, по сравнению с количеством единиц, определенных во время заключения контракта.

47. Была высказана точка зрения о том, что премиальные выплаты за досрочное завершение строительства не должны применяться в связи с методом определения цены на основе компенсируемых издержек, поскольку это может привести к тому, что подрядчик понесет более высокие расходы (например, в результате найма дополнительной рабочей силы) с целью получить премиальные выплаты. Предлагалось исключить последнее предложение в пункте 29. Было также высказано мнение о том, что премиальные выплаты должны зависеть не от непрерывной эксплуатации объекта, а от того, получил ли заказчик ожидаемую прибыль в результате досрочного начала эксплуатации объекта. Одно из мнений заключалось в том, что непрерывная эксплуатация объекта не является необходимой и что премиальные выплаты могут быть осуществлены, когда будет начата эксплуатация объекта. Было также высказано мнение о том, что условие о премиальных выплатах не должно включаться в контракт; они должны согласовываться только после заключения контракта, в случае если досрочное завершение строительных работ выгодно для заказчика.

48. Предлагалось в разделе о валюте цены особо подчеркнуть различие между валютой, в которой была определена цена (валюта счета), и валютой, в которой должен быть произведен платеж. Предлагалось также рассмотреть в данном разделе проблемы, связанные с колебаниями покупательной способности валюты цены, в дополнение к изменениям обменных курсов.

49. Предлагалось, чтобы в пункте 31 конкретно говорилось о действующих в странах обеих сторон правилах, касающихся иностранных валют. Было высказано мнение о том, что в большинстве случаев в контрактах должна использоваться валюта страны заказчика; если же используется валюта другой страны, то в контракте должен быть указан обменный курс соответствующей иностранной валюты. Предлагалось, чтобы в пункте 33 были ясно указаны те преимущества и те недостатки, которые имеет для заказчика применение упомянутых в данной статье подходов относительно валюты, в которой будут компенсироваться издержки. Указывалось, что может возникнуть необходимость в согласовании пунктов 32 и 36.

50. Предлагалось включить в руководство положение о необходимости изменения индексной оговорки в случае существенных расхождений в объеме строительных работ или значительного изменения экономических факторов, имеющих значение для контракта. Подчеркивалось, что было бы желательно упростить индексную оговорку. Было высказано мнение о том, что пункт 50 должен быть исключен или чтобы в нем указывалось лишь, что индексная оговорка обычно применяется к каждому платежу, когда такая оговорка была сделана. Отмечалось, что в соответствии с правом некоторых стран использование индексных оговорок ограничено или вообще запрещено.

51. Предлагалось, чтобы сфера применения подхода, описанного в последнем предложении пункта 53, была ограничена теми случаями, когда подрядчик несет ответственность за просрочку. Высказывалось также мнение о том, что это предложение следует исключить. Предлагалось, чтобы индексная оговорка применялась только в тех случаях, когда ее применение привело бы к изменениям цены сверх установленного предела.

52. Что касается примечания 1, то было высказано мнение о желательности обратить внимание сторон на те ограничения, которые могут существовать в национальном праве относительно полномочий суда в вопросах корректировки весов, используемых в индексной оговорке. Говорилось, что было бы целесообразно включить некоторые дополнительные замечания, содержащие разъяснения относительно формулы индексной оговорки, изложенной в добавлении.

53. Было высказано мнение о том, что, если заказчик не осуществляет своевременно платеж подрядчику, в валютной оговорке должно быть предусмотрено право подрядчика использовать либо обменный курс, существовавший в тот момент,когда должен был быть произведен платеж, либо обменный курс на момент фактического осуществления платежа. Предлагалось также, чтобы в разделе, касающемся оговорки о расчетной единице, в качестве одной из расчетных единиц упоминалась также Европейская валютная единица (ЭКЮ).

54. Предлагалось исключить из пункта 63 положение о процентных соотношениях, а также исключить из данного пункта часть последнего предложения, в котором говорится о применяемых валютных ограничениях. Было высказано мнение о том, что первое предложение пункта 63 является излишним, а также о том, что второе предложение пункта 64 должно быть исключено.

55. Предлагалось, чтобы в разделе, касающемся платежа во время строительства, упоминались условия платежа, которые могут применяться в связи с методом установления цены на основе компенсируемых издержек, поскольку они могут отличаться от условий, используемых в связи с паушальным методом установления цены. Что касается оплаты заказчиком стоимости оборудования и материалов, поставляемых подрядчиком, то было высказано мнение о том, что платеж за такие товары может быть предусмотрен еще до их доставки заказчику, по предъявлении подрядчиком документов, подтверждающих страховку данного оборудования и материалов, в дополнение к другим документам, таким как документы, подтверждающие передачу оборудования и материалов первому перевозчику для доставки заказчику.

56. В отношении кредитов, предоставляемых подрядчиком, высказывалось мнение о том, что такие кредиты используются на практике лишь в исключительных случаях. Однако согласно другой точке зрения правительство страны подрядчика иногда гарантирует или каким-либо другим образом обеспечивает кредиты, предоставляемые заказчику подрядчиком. Были высказаны различные предложения относительно улучшения данной главы проекта.

ПЕРЕДАЧА ТЕХНОЛОГИИ 21/

57. Было выражено общее согласие в отношении того, что вопросы, рассматриваемые в этой главе, представляют большое значение для заказчика. Кроме того, было высказано единое мнение о том, что в данной главе эти вопросы рассматриваются сбалансированным образом. Отмечалось, что некоторые из терминов, используемых в этой главе, возможно, нуждаются в дальнейшем пояснении. Так, термин "императивные", часто употребляемый для определения термина "законодательство, которое может регулировать передачу технологии", возможно, нуждается в пояснении, поскольку такое императивное регулирование может осуществляться различными путями. Следует также пояснить, что ноу-хау может быть либо секретным и известным лишь подрядчику, либо несекретным и известным также другим. Кроме того, в некоторых странах термин "лицензирование" используется не только в отношении патентов, но и для характеристики способов передачи ноу-хау.

58. Высказывалось мнение о том, что можно было бы более подробно охарактеризовать национальное законодательство, которое регулирует передачу технологии. Условия договорных положений могут основываться на таком законодательстве, преобладающем не только в стране каждой из сторон, но и в других странах. В этой связи отмечалось, что в ряде законодательств в определенных обстоятельствах предусматривается обязательное лицензирование технологии. В некоторых странах в законодательстве ограничиваются права подрядчиков, являющихся сторонами договоров о передаче технологии.

59. Предлагалось охарактеризовать различные виды технологии и пути, которыми такая технология может передаваться отдельно или в комплексе, в начале главы. Было предложено сделать в этой главе ссылку на последующее усовершенствование передаваемой технологии. Кроме того, можно было бы указать возможные причины (например, соображения, касающиеся стоимости), побуждающие выбирать различные договорные положения о передаче технологии. Отмечалось,что приобретение знаний о функционировании объекта не является наиболее существенным путем передачи технологии. Поддерживалось мнение о том, что в дальнейшем пояснении нуждается характеристика промышленной собственности, и в частности системы патентов. Следует упомянуть международные конвенции, регулирующие промышленную собственность. Следует также указать, что патенты имеют юридическую силу в пределах определенных территорий.

60. Что касается характеристики технологии, то отмечалось, что в рамках определенных договорных подходов не возникает необходимости в отдельной характеристике технологии, которая будет использоваться, поскольку характеристика масштабов и качества объекта будет включать в себя характеристику применяемой технологии. Что касается условий, которые могут быть оговорены в контракте, ограничивающем заказчика в использовании переданной технологии, то предполагалось, чтобы в разделе, озаглавленном "Общие замечания", содержалась ссылка на обсуждение таких условий на сессиях Конференции Организации Объединенных Наций по международному кодексу поведения в области передачи технологии. Отмечалось, что трудно предсказать влияние возможного кодекса поведения на составление договоров об объекте, поскольку в отношении того, в какой степени кодекс будет обязательным для сторон, а также в отношении формулировок положений кодекса, касающихся данных ограничений, еще не было принято окончательного решения. Было высказано мнение, что в руководство не должны включаться положения кодекса поведения,

хотя ссылаться на кодекс можно. Рабочая группа постановила отложить свое решение о ссылке на кодекс поведения на более поздний срок. Была достигнута договоренность в отношении того, что не следует приступать к разработке положений, отражающих такие ограничения. Однако ограничительные положения, которые имеют отношение к договорам об объекте и которые можно включить в них, можно было бы вкратце охарактеризовать и обсудить. Отмечалось, что в руководстве было бы неуместно пытаться изложить нормативные стандарты для таких ограничительных положений и что в любом случае право стороны на включение таких ограничительных положений зачастую ограничивается национальным законодательством.

61. Отмечалось, что соответствующая форма гарантии в отношении технологии будет зависеть от принимаемого подхода к договору. Если, например, утверждается подход на условиях соглашения генерального подряда, то необходимости в какой-либо отдельной гарантии в отношении технологии не возникает, поскольку общая гарантия, касающаяся качества и функционирования объекта, будет распространяться и на технологию.

62. Отмечалось, что в руководстве следует предусмотреть, чтобы подрядчик обязательно гарантировал, что он является владельцем передаваемой им технологии, или чтобы он обязательно принял меры, направленные на то, чтобы получить право на передачу технологии. Высказывалась поддержка мнения о том, что следует изъять последнее предложение пункта 12 или, по крайней мере, значительно изменить его как в силу того, что его содержание не помогает сторонам составлять договор между собой, так и в силу того, что содержащееся в нем положение о том, что подрядчику может быть разрешено избежать ответственности, является спорным. Высказывалось мнение о том, что положение, рассматриваемое в предпоследнем предложении пункта 19 (т.е. при котором заказчик расторгает договор ввиду невыполнения подрядчиком своих обязательств), также следует рассмотреть с той точки зрения, какое влияние оно окажет на гарантии, предоставляемые подрядчиком. В соответствии с одним предложением, даже если в таких ситуациях договор выполняется другим подрядчиком, первоначальный подрядчик должен по-прежнему быть связан предоставленными им гарантиями в отношении поставленной технологии. Отмечалось также, что в руководстве следует указать, что гарантии, предоставляемые подрядчиком, потеряют свою силу, если объект будет неправильно эксплуатироваться сотрудниками заказчика.

63. Что касается цены, то предлагалось более детально разработать характеристику различных методов определения цен на технологию. В этой связи отмечалось, что, возможно, следует упомянуть о таком методе, с помощью которого оплата производится в виде поставок продукции, производимой объектом. Однако, согласно другому мнению, такие методы оплаты относятся, строго говоря, к области товарообмена, и их не следует отдельно упоминать в настоящем контексте. О таких методах, по-видимому, можно упомянуть в главе "Цена".

64. Высказывалось также мнение о том, что соответствующие методы оплаты, которые следует применять, могут зависеть от продолжительности периода времени, в течение которого совершаются выплаты (например, если роялти выплачивается в течение продолжительного периода, то размер каждого очередного взноса может быть меньшим, чем если бы роялти выплачивалось в течение непродолжительного периода). Кроме того, отмечалось, что передача секретной технологии обычно оплачивается в виде первого взноса. Широкую поддержку получило мнение о том, что вопрос об определении цены на технологию следует рассматривать в главе "Цена". Было достигнуто согласие в отношении того, что обсуждение по вопросу о стоимости подготовки кадров можно отразить в этой главе, однако в главе "Цена" следует сделать перекрестную ссылку на обсуждения, отраженные в настоящей главе.

65. Что касается нарушения прав третьей стороны путем использования переданной технологии, отмечалось, что на практике поставщики технологии принимают на себя обязательство лишь в отношении того, что применение технологии не будет нарушать прав третьих стран в конкретных территориях. Поставщики обычно указывают, что им неизвестно, будут ли нарушены права третьих сторон на других территориях. Кроме того, отмечалось, что в руководстве следует упомянуть о возможности того, что права третьих сторон могут оказаться нарушенными не только за счет использования переданных промышленных процессов, но и за счет распространения продукции, произведенной на завершенном объекте.

66. Отмечалось, что нет необходимости широко обсуждать меры, препятствующие нарушению прав третьей стороны, поскольку они излагаются в применимом праве и могут быть разными в различных правовых системах. Было бы полезно, если бы эта глава касалась вопроса о наделении правами сторон в случае нарушения прав. В этой связи отмечалось, что в рамках многих правовых систем гарантии в отношении недопущения таких нарушений устанавливаются законодательством, и поэтому нет необходимости регулировать это положениями договора.

67. Обсуждался вопрос о том, следует ли рассматривать в отдельном разделе руководства все случаи, когда в ходе выполнения договора об объекте могут быть нарушены права третьей стороны. Отмечалось, что рассмотрение этого вопроса именно в таком плане будет логичным и может носить всесторонний характер. Однако высказывалось мнение о том, что рассмотрение этого вопроса в различных разделах руководства, где описываются реальные ситуации, которые могут привести к конкретным нарушениям, может оказать значительную помощь лицам, использующим данное руководство.

68. Обсуждалось содержащееся в руководстве предложение о том, что если в случае нарушения против одной из сторон возбуждено дело, другая сторона обязана оказывать помощь первой стороне в возражении по иску. Отмечалось, что характер обязательства по оказанию помощи требует дальнейшего разъяснения, то есть следует конкретно указать размеры предоставляемой помощи. Кроме того, указывалось, что в рамках некоторых правовых систем существуют процедуры, согласно которым сторона, против которой возбуждено дело, может обязать другую сторону принять участие в процессе.

69. Что касается конфиденциальности, то выражалось согласие с содержащимся в этой главе мнением (пункт I8) о том, что подрядчик может обязать заказчика сохранять конфиденциальность в отношении предоставленного подрядчиком ноу-хау на двух стадиях: в ходе переговоров и, если в результате переговоров заключается договор об объекте, при заключении этого договора. Отмечалось, что в соответствии с некоторыми правовыми системами для этого может потребоваться заключение отдельного договора о соблюдении конфиденциальности до начала самих переговоров, а впоследствии - включение в договор об объекте положений о соблюдении конфиденциальности. Однако в соответствии с другими правовыми системами потребность в заключении договора до начала переговоров может и не возникнуть, поскольку такие концепции, как добросовестность, которые содержатся в этих правовых системах, предполагают обязанность соблюдать конфиденциальность. Кроме того, отмечалось, что в тех случаях, когда до начала переговоров заключается договор о соблюдении конфиденциальности, в этом договоре должно предусматриваться, что обязательства в отношении соблюдения конфиденциальности не теряют свою силу и после завершения переговоров, даже если в результате переговоров не заключается никакого договора об объекте.

70. Поддерживалось мнение о том, что договор, в котором содержатся обязательства о соблюдении конфиденциальности в отношении технологии, также может предусматривать, что такие обязательства утрачивают свою силу и что роялти за технологию не выплачивается в том случае, если она уже широко используется. Рабочая группа рассмотрела случай, когда заказчик прерывает договор ввиду невыполнения подрядчиком своих обязательств, и впоследствии считает необходимым сообщить другому подрядчику ту часть технологии, которая необходима для завершения сооружения объекта другим подрядчиком. Отмечалось, что в таких случаях в договоре об объекте должно содержаться положение, обязывающее заказчика потребовать от другого подрядчика обязательства о неразглашении последним сведений о приобретаемой технологии. Кроме того, предлагалось, что разглашение заказчиком этих сведений (как в рассмотренных обстоятельствах, так и в том случае, когда подрядчик по не зависящим от него причинам не может завершить сооружение объекта) должно разрешаться только в той степени, в какой подрядчик может разрешить заказчику сообщить сведения о технологии другому подрядчику.

7I. В отношении предоставления документации отмечалось, что перечень видов документов, которые могут предоставляться, следовало бы расширить (например, включить в этот перечень оперативный персонал и необходимые запасные части). Кроме того, отмечалось, что не всегда необходимо, чтобы предоставление всей документации завершалось в установленные в договоре сроки завершения сооружения объекта. Например, в соответствии с договором produit en main документация может быть предоставлена после завершения сооружения объекта.

72. В отношении обучения персонала отмечалось, что подрядчик может не иметь возможности осуществлять профессиональную подготовку. Возможно, было бы целесообразно, чтобы это обучение проводилось инженером-консультантом или же каким-либо учреждением, занимающимся подготовкой кадров. Кроме того, указывалось, что национальное законодательство, регулирующее во многих случаях условия работы, также может предусматривать подготовку персонала и что это законодательство следует принимать во внимание. Указанное законодательство зачастую направлено на защиту прав рабочих и может ограничивать права нанимателей в отношении определения условий подготовки.

73. Отмечалось, что в тех случаях, когда возможность обучения какого-либо конкретного стажера вызывает сомнение, подрядчик или другая организация, занимающаяся подготовкой, должны иметь право потребовать у заказчика обеспечить замену стажера. В подобных случаях подрядчик или другая организация, занимающаяся подготовкой, обязаны сообщить заказчику о необходимости замены, как только они узнают о ее необходимости. Отмечалось, однако, что законодательство, упомянутое в предыдущем пункте, может ограничить свободу подрядчика и заказчика в отношении замены стажера.

74. Указывалось, что в данной главе не рассматривается вопрос о возможном ущербе, который могут нанести стажеры объекту, на котором они проходят обучение. Предлагалось, чтобы в руководстве сторонам было предложено оговаривать в договоре вопрос о том, какая сторона должна возмещать нанесенный в этом случае ущерб. Кроме того, выражалось мнение о том, что в договоре также следует оговаривать вопрос о том, какая сторона должна нести ответственность, если в ходе обучения стажерам будет нанесен какой-либо ущерб.

75. Выражалось мнение о том, что в тех случаях, когда заказчик требует проводить обучение своего персонала, подрядчик всегда будет требовать возмещения расходов по этому обучению. Эти расходы могут быть включены в общую стоимость сооружения объекта или же могут оговариваться отдельно.

76. Отмечалось, что вопрос подготовки персонала включает определенные элементы практического характера, которые должен принять во внимание заказчик. Так, например, существует возможность того, что персонал после прохождения подготовки может прекратить свою службу у заказчика. Заказчик также может посчитать целесообразным провести независимую оценку требований к своему персоналу, а не полагаться исключительно на мнение подрядчика, поскольку заказчик лучше представляет себе уровень подготовки местного персонала. Кроме того, заказчику потребуется получить визы или разрешения на поездку для стажеров, которых необходимо направить для подготовки за границу, и поэтому в договоре можно обязать подрядчика оказать помощь заказчику в получении этих виз или разрешений на поездку. Высказывалось также мнение о том, что в силу различных причин сооружение объекта иногда может быть прервано или отложено. Отмечалось, что в договорах должно предусматриваться изменение учебных программ в тех случаях, когда сооружение объекта прерывается или откладывается.

77. Большинство согласилось с тем, что высказываемые в руководстве рекомендации не должны носить обязательного характера, а должны облекаться в форму вариантов, которые стороны могут рассмотреть при составлении договора. Было высказано несколько предложений относительно того, как улучшить текст этой главы.

РАБОТЫ НА СТРОИТЕЛЬНОЙ ПЛОЩАДКЕ 22/

78. Было достигнуто общее согласие в том, что секретариату следует пересмотреть использование терминов "строительство" и "монтаж" и обеспечить более последовательное применение этих терминов во всей главе. Была также достигнута общая договоренность в том, что секретариату следует пересмотреть использование слова "должен", с тем чтобы обеспечить нейтральное представление подходов к вопросам, обсуждаемым в упомянутой главе. Было выражено мнение о том, чтобы вопросу своевременности (например, сроки завершения, график работы) уделялось повышенное внимание, возможно, за счет ссылки на этот аспект в заголовке главы. Кроме того, высказывалось мнение о необходимости расширения раздела "Общие замечания", с тем чтобы более полно представить обсуждаемые в главе вопросы. Была сделана ссылка на возможность осуществления подрядчиком монтажа оборудования, поставленного другими подрядчиками.

79. Было предложено, чтобы в руководстве содержалась рекомендация сторонам рассматривать вопрос о том, какая сторона должна оплачивать стоимость средств, необходимых для целей строительных работ, проводимых персоналом подрядчика, а также чтобы в контракте оговаривался стандарт предоставляемых средств. Было также выражено мнение о том, чтобы в руководстве сторонам рекомендовалось рассмотреть вопрос о том, следует ли обязывать подрядчика предоставлять определенные услуги для персонала заказчика. Что касается пункта 6, то было предложено, чтобы в руководстве сторонам рекомендовалось рассмотреть вопрос о том, будет ли заказчик иметь право на сохранение за собой мастерской после завершения строительства, и если да, то при каких условиях, а также предложено, соответственно, опустить в данном пункте последнее предложение. Было отмечено, что в соответствии с нормами национального законодательства подрядчик обычно несет ответственность за условия работы своего собственного персонала на строительной площадке, и предложено, чтобы в руководстве рекомендовалось сторонам принимать такие нормы во внимание при рассмотрении вопроса о размещении персонала и обеспечении коммунальных и прочих услуг на строительной площадке.

80. Было предложено, чтобы в связи с обсуждением вопроса о машинах и инструментах для строительства была сделана ссылка также на возможность аренды таких машин и инструментов. Отмечалось, что могут потребоваться лицензии и разрешения для импорта машин и инструментов в страну, где находится строительная площадка, независимо от того, будут ли они реэкспортированы. Предлагалось уточнить виды транспорта, которые будут перечислены в пункте 9.

81. Было выражено мнение о том, чтобы в контракте всегда оговаривались сроки завершения строительства, и, следовательно, было предложено опустить второе предложение в пункте 11. Если в контракте оговариваются конкретные сроки завершения строительства, то, как было предложено, в нем также должны быть указаны сроки начала строительства.

82. Высказывалось мнение о том, что указанный в пункте 12 перечень дат, которые необходимо принимать во внимание при определении начала срока строительства, не следует рассматривать в качестве исчерпывающего. Было предложено включить в этот перечень дату передачи строительной площадки в пользование подрядчика; отмечалось, однако, что эта дата может относиться не ко всем случаям, как, например, в случае, когда подрядчик должен начать производство оборудования в своих собственных помещениях до передачи ему строительной площадки. Предлагалось также, чтобы в дополнение к дате получения подрядчиком авансового платежа упомянуть и дату передачи подрядчику заказчиком гарантии о том, что такой авансовый платеж будет произведен. Было предложено уточнить текст пункта "b" пункта 12, с тем чтобы последний элемент (т.е. "что следует начать строительные работы") был представлен в качестве дополнительной даты для начала строительства, а не в качестве альтернативного варианта.

83. Было предложено изменить формулировку пункта 14, с тем чтобы акцент на возможную заинтересованность заказчика в скорейшем завершении строительства был не столь сильным. Предлагалось также сделать ссылку в этом разделе на главы "Неисполнение обязательств" и "Оговорки о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках".

84. В отношении графика строительных работ было выражено мнение о необходимости включения в контракт основного графика работ, определяющего последовательность основных видов работ, а также подробного графика работ, подготавливаемого подрядчиком после заключения контракта. Предлагалось также, чтобы в руководстве содержалась ссылка на возможность использования компьютеризованных графиков работ.

85. Было выражено мнение о нецелесообразности в рамках контракта "под ключ" предусматривать санкции, если контрольные сроки в графике работ не выполнены подрядчиком, поскольку основное значение имеет то, завершен ли в срок весь объем строительства. Тем не менее было достигнуто общее мнение о необходимости указания в руководстве лишь того, что контрольные сроки могут иметь разную степень первоочередности в различных контрактах и включения в него рекомендации о том, что сторонам следует договориться о последствиях несоблюдения подрядчиком установленных контрольных сроков. Было выражено также мнение о том, что право заказчика отдавать подрядчику распоряжение об ускорении строительства, ссылка на которое приводится в пункте 16, не имеет значения, если в контракте не будет предусмотрена ответственность подрядчика за несоблюдение установленных сроков.

86. Были высказаны различные точки зрения в отношении возможности прекращения подрядчиком контракта, если заказчик не требует начала строительства в рамках оговоренного периода времени. Согласно одной точке зрения, такая возможность является чрезмерной, и ссылку на нее необходимо исключить из пункта 16. Согласно другому мнению, такую возможность следует сохранить, поскольку должны быть установлены определенные предельные сроки, в течение которых будет действовать обязательство подрядчика на начало строительства.

87. Было предложено пересмотреть и сократить раздел о продлении сроков завершения строительства. По общему мнению в руководстве должна содержаться рекомендация, согласно которой стороны сами должны определить, в достаточной ли степени вопрос о продлении сроков регулируется применимым законодательством, или же продление сроков в определенных обстоятельствах должно оговариваться в контракте. Было также достигнуто общее мнение о том, что в этой главе необходимо лишь сделать ссылку на другие главы, подробно касающиеся обстоятельств, которые могут оправдать такое продление сроков, и что такие обстоятельства не следует рассматривать в настоящей главе. Предполагалось уточнить в руководстве, кто определяет период продления сроков, в том случае, если стороны не могут согласиться о "разумных" сроках продления. Было также предложено, чтобы подрядчик не имел права на прекращение строительства как в ходе переговоров, так и в ходе урегулирования спора, касающегося такого продления сроков.

88. В отношении строительных работ, которые должны проводиться под надзором подрядчика, было предложено провести разграничение между обязательствами подрядчика по осуществлению надзора за строительными работами и инспектированию строительных работ и обязательствами, касающимися лишь консультирования персонала, осуществляющего такое строительство. Было предложено, чтобы подрядчику было вменено в обязанность вести учет выполнения своих обязательств в отношении инспектирования. Была достигнута общая договоренность о необходимости пересмотра последней части пункта 24, с тем чтобы четко указать, что подрядчик может не нести ответственности за дефекты, если они обусловлены невыполнением указаний подрядчика привлекаемыми

заказчиком лицами, однако что подрядчику может быть вменено в обязанность инспектировать работу, проделанную такими лицами, и информировать заказчика о любых таких дефектах, и на подрядчика может быть возложена ответственность за неисполнение таких обязательств.

89. Было выражено мнение о том, что в контракте следует указать тот риск, который связан с осуществлением функции по надзору, и что ущерб, возмещаемый подрядчиком за невыполнение надзора, должен быть ограниченным. Высказывалось также мнение о том, что на заказчика необходимо возлагать ответственность за компенсацию подрядчику ущерба, связанного с задержкой завершения строительства, вызванной тем, что привлеченные заказчиком лица не исполнили своих обязательств.

90. Выражалось мнение о сокращении раздела "Доступ на стройплощадку и на предприятие" и о необходимости ссылки в нем в общих словах на включение в контракт положения о доступе различных лиц на строительную площадку.

91. Было отмечено, что условия труда зачастую регулируются правовыми нормами страны, в которой расположена стройплощадка. Была достигнута общая договоренность о том, что руководство должно лишь рекомендовать, чтобы в контракте предусматривалось распределение ответственности в отношении условий труда и содержание такой ответственности с учетом соответствующих норм национального законодательства.

92. Была достигнута общая договоренность о том, что во вступительной главе руководства следует подчеркнуть, что всестороннее сотрудничество сторон играет важную роль для равномерного хода и успешного завершения строительства и что такое сотрудничество должно распространяться на каждый этап контракта. Предлагалось, чтобы секретариат пересмотрел вопрос о том, к какой части руководства следует отнести положение, касающееся посредников.

93. Было предложено, чтобы положение об оплате заказчиком материалов и оборудования, закупленных подрядчиком по поручению заказчика, поместить в контракте отдельно от положений, касающихся других элементов стоимости, которую должен оплачивать заказчик.

94. Предлагалось также, чтобы подрядчику было вменено в обязанности расчищать строительную площадку после завершения строительства и содержать ее в рабочем состоянии и чтобы слова "после завершения строительства" были исключены из заголовка раздела "J". Были также внесены различные предложения, касающиеся улучшения формулировок данной главы.

ПЕРЕСМОТРЕННЫЙ ВАРИАНТ ТЕМАТИЧЕСКОГО ПРОЕКТА СТРУКТУРЫ 23/

95. Было высказано мнение, что определения терминов, используемых в руководстве, следует включить в отдельную главу, содержащую глоссарий терминов, в соответствии с принятым ранее на предварительной основе решением Рабочей группы. Однако согласно другому мнению, такой подход может оказаться нецелесообразным из-за сложности краткого определения различных терминов и предпочтительнее было бы определять или пояснять термины в тех главах, в которых они употребляются. Было достигнуто общее мнение относительно того, что разработка аналитического индекса с перечислением терминов в алфавитном порядке позволит читателю при возникновении конкретных вопросов без труда отыскивать определение или объяснение терминов, используемых в руководстве.

96. Высказывалось мнение о том, что вопрос о гарантии качества не следует рассматривать в главе, касающейся описания работ. Рабочая группа отклонила это предложение.

97. Было предложено изъять из главы II ("Выбор подхода при заключении контракта") раздел о контрактах "полу-под ключ". Рабочая группа постановила, что решение об изъятии данного раздела будет зависеть от того, какое решение она примет по данному разделу в ходе обсуждения главы II.

98. Было предложено изменить расположение в рамках структуры главы "Инженер-консультант" и главы "Субподряды"; однако Рабочая группа не утвердила данное предложение. Было решено поместить главу "Передача технологии" после главы "Описание работ", а главу "Цена" после главы "Передача технологии". Отмечалось, что в главу "Задержка, дефекты и другие случаи невыполнения обязательств" следует включить некоторые общие замечания, поясняющие взаимосвязь между различными средствами правовой защиты и формами компенсации в случае невыполнения обязательств. Указывалось, что глава "Оговорки о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках" может быть помещена перед главой "Убытки".

99. Состоялся обмен мнениями относительно того, в каком контексте следовало бы рассматривать вопросы, касающиеся применимого права. Было решено, что некоторые проблемы, связанные с составлением в свете применимого права контрактов на производство работ, могут быть рассмотрены во введении к руководству и в ряде других глав, где это могло бы стать полезным. Отмечалось, что в текст проекта структуры руководства на арабском языке, возможно, потребуется внести некоторые терминологические поправки.

ВЫБОР МЕТОДА ЗАКЛЮЧЕНИЯ КОНТРАКТА 24/

100. Было высказано общее мнение, что данная глава в ее настоящей форме является в основном приемлемой, однако определенные изменения в ее структуре и некоторых деталях внесли бы бóльшую ясность. Также широко признавалось, что в главе следует стремиться к тому, чтобы не создавалось впечатление, что договорные соглашения, которые могут заключаться в целях строительства промышленных объектов, могут подразделяться на установленные категории, четко отличающиеся друг от друга. Хотя основные характеристики некоторых методов заключения контрактов (например, контракт "под ключ", контракт "продукция на руки" и отдельные контракты) являются общепризнанными и должны описываться, следует подчеркнуть, что возможен целый ряд градаций в отношении договорных соглашений. При разбивке таких градаций на категории могут возникать трудности. Однако отмечалось, что этот ряд соглашений также должен быть отражен в главе, поскольку развивающимся странам было бы особенно полезно иметь представление о таких возможных соглашениях.

101. С точки зрения структуры данной главы отмечалось, что можно провести основное различие между договорными соглашениями, по которым в строительстве принимает участие только одна сторона, и договорными соглашениями, связанными с участием более чем одной стороны. Поэтому в главе можно упомянуть возможные преимущества и недостатки этих двух видов соглашений и тем самым избежать определенного повторения, существующего в условиях нынешней практики рассмотрения различных методов заключения договоров. При рассмотрении соглашений первого вида в главе можно было бы упомянуть контракты "под ключ" и "продукция на руки", а при рассмотрении соглашений второго вида - контракт, по которому подряды на строительство распределяются среди большого количества подрядчиков (отдельные контракты).

102. В отношении метода заключения отдельных контрактов, отмечалось, что было бы полезно описать характер некоторых из отдельных контрактов, заключаемых довольно часто (например, в сфере гражданского строительства, машиностроения или электротехнической промышленности), и приблизительно указать, какой вид контрактов потребуется для выполнения различных работ. Также отмечалось, что необходимо разъяснить метод, который иногда называется "монтаж с колес". Высказывалось также мнение, что следует подчеркнуть факт существования договорных соглашений, связанных с осуществлением контроля за работами со стороны инженера-консультанта или руководителя работ.

103. Отмечалось, что в данной главе можно рассмотреть довольно частый случай, когда заказчик заключает контракт с консорциумом подрядчиков, а также случаи, когда строительство принимает форму совместного предприятия заказчика и подрядчика. Было высказано общее мнение, что достаточно рассмотреть такие соглашения, а также специальные вопросы, возникающие при их заключении, в главе I "Определение проекта и выбор сторон" с соответствующими перекрестными ссылками в данных двух главах.

104. Что касается раздела "Общие замечания", то было высказано общее мнение, что его содержание должно быть изменено с учетом подхода, который должен быть принят в отношении все главы. Было отмечено, что дискуссия в пункте I должна быть изложена в более простой и ясной форме. К примеру, ссылка на контракты ограниченного объема могла бы быть дополнена более конкретным обсуждением таких видов контрактов (например, контрактов в области машиностроения или электротехнической промышленности). Можно включить перекрестные ссылки в последующие главы руководства, в которых рассматриваются вопросы, связанные с такими контрактами ограниченного объема (например, в главы о поставках оборудования и материалов и о передаче технологии), благодаря чему отпала бы необходимость в подробном описании различных возможных комбинаций контрактов ограниченного объема и контрактов на производство работ. Было отмечено, что содержащееся в пункте 2 высказывание относительно степени участия заказчика в строительстве может не всегда быть справедливым, поскольку некоторые из обязательств, которые, как указывается, принимаются заказчиком как минимум, могут в некоторых случаях приниматься подрядчиком. Соответственно, руководство может лишь консультировать стороны при определении обязательств, которые по их желанию должен принимать заказчик.