



ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСКА В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Галина ПРУСЕНКО,

соискатель кафедры правосудия

Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

The article is dedicated to researching of the legal problems arising from the need to issue provisional measures in international commercial arbitration. The application of provisional measures by arbitrators and court, the problem of enforcement of provisional awards are studied. The author examines particular issues of power of arbitrators, arbitration institutions and national courts to order provisional measures during the arbitral proceedings and in aid of arbitration.

Key words: international commercial arbitration, provisional measures, protection of arbitration, arbitration agreement, execution of arbitration award.

Аннотация

Статья посвящена анализу правовых проблем, возникающих при необходимости принятия обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже. Исследуются принятие мер обеспечения иска арбитражем и государственным судом, проблемы приведения решений о принятии обеспечительных мер в исполнение. Рассматриваются отдельные вопросы реализации полномочий арбитров, арбитражных институтов и государственных судебных органов предписывать меры обеспечения иска в ходе арбитражного разбирательства и в его поддержку.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, обеспечительные меры, защита прав арбитражем, арбитражное соглашение, исполнение решения арбитража.

Постановка проблемы. В научной литературе отсутствует единый подход к определению правовой природы обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже, что свидетельствует о наличии дискуссий в данной сфере, непосредственно связанных с дискуссионным характером вопроса определения правовой природы арбитража в целом. Исследователи концентрируют свои изыскания в области ряда проблемных вопросов, среди которых ключевым является вопрос юридической силы решения арбитража о принятии обеспечительных мер, а также его приведения в исполнение. Следующей исследуемой проблемой остается выбор сторонами арбитражного соглашения учреждения, которому предстоит осуществлять предварительную защиту прав сторон, арбитража (ad hoc либо арбитражного института) либо государственного суда. Стороны арбитражного соглашения могут также заблаговременно согласовать возможность обращения к срочным арбитрам (emergency arbitrators), до-арбитражным третейским судьям (pre-arbitral referees).

Актуальность темы. Решение арбитража о принятии обеспечительных мер носит фидуциарный характер, что снижает эффективность исполнения такого решения. В то время как не-

которые страны (преимущественно, общего права) продолжают декларировать в национальном законодательстве обязательность арбитражных решений об обеспечении иска, другие – полностью отрицают право арбитража принимать обеспечительные меры (к примеру, Италия), наиболее реализуемым путем исполнения предварительных арбитражных решений остается модель, которая предусматривает взаимодействие арбитража и государственных судов. Перспектива внедрения целостной законодательной концепции результативного обеспечения иска в международном коммерческом арбитраже в Украине обуславливает необходимость анализа ключевых проблемных вопросов, возникающих в данной области.

Отдельные аспекты проблем обеспечения доказательств, законности и юридической силы обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже, свойственных им характеристик и функций, компетенции арбитража и государственных судов в области принятия мер обеспечения иска отображены в исследованиях украинских (С. Кравцова, М. Мальского, Ю. Притыки, г. Цирата) и зарубежных (в частности г. Борна, Н. Ерпылевой, А. Есилрмака, С. Курочкина, С. Лебедева, Д. Лопатиной, М. Моузес, Н. Павловой, р. Плантроуза, Дж. Текса, Б. Харриса) ученых.

Целью статьи является рассмотрение основных правовых проблем обеспечения иска в международном коммерческом арбитраже и возможных путей их разрешения.

Изложение основного материала исследования. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (далее – ЮНСИТРАЛ) предложила определение термина «обеспечительная мера» в Типовом законе о международном торговом арбитраже с изменениями 2006 г. (далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ). Согласно ст. 17 главы IV А Типового закона ЮНСИТРАЛ, обеспечительная мера представляет собой любую временную меру, независимо от того, вынесена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме, при помощи которой в любой момент, предшествующий вынесению решения, которым окончательно урегулируется спор, арбитражный суд распоряжается о том, чтобы та или иная сторона: а) поддерживала или восстановила статус-кво до разрешения спора; б) приняла меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного ущерба самому арбитражу или воздерживалась от принятия мер, которые могут причинить такой ущерб; в) предоставила средства для сохранения активов, за счет которых может быть исполнено последующее



арбитражное решение; d) сохранила доказательства, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для урегулирования спора [1].

Основной проблемой обеспечения иска в ходе арбитражного разбирательства, на которую обращают внимание все без исключения исследователи, остается выбор юрисдикционного института для рассмотрения ходатайства о предписании обеспечительных мер, приобретающий особую значимость в связи с тем, что меры обеспечения иска, принятые арбитражем, не обладают исполнительной силой.

Среди актуальных правовых проблем принятия обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже выделяют полномочия арбитража принимать решения о применении мер обеспечения иска, вопросы юридической силы и территориального действия таких решений, степень допустимости поддержки государственными судебными органами арбитража в принятии подобных мер [2, с. 65].

С. Кравцов и Д. Лопатина наиболее сложными вопросами касательно обеспечения иска в арбитраже предлагают считать наличие в арбитражах полномочия принимать обеспечительные меры, роль судов в предварительной защите прав участников спора, возможность приведения к исполнению обеспечительных мер, принятых арбитражем [3, с. 159; 4, с. 35].

Ю. Притыка отмечает два принципиальных недостатка принятия обеспечительных мер арбитражем: вопрос о принятии данных мер может быть рассмотрен и решен только после формирования состава арбитража, то есть через несколько недель или месяцев после начала арбитражного разбирательства; решение либо другой акт арбитра об обеспечении иска не может быть приведен в исполнение в принудительном порядке как в стране – месте проведения арбитража, так и во многих других юрисдикциях [5, с. 145].

С. Курочкин полагает, что, расширяя сферу действия частных начал в гражданском судопроизводстве, передавая полномочия по рассмотрению

и разрешению отдельных категорий споров частным юрисдикционным органам, государство объективно испытывает необходимость в создании системы судебного контроля за их реализацией [6, с. 467]. По мнению исследователя, поддержка арбитража государственным судом, в том числе путем принятия обеспечительных мер, является одной из форм судебного контроля. В то же время г. Севастьянов отмечает, что в подобных случаях правильнее говорить не о судебном контроле за арбитражным разбирательством, а о взаимодействии арбитража и государственных судов либо о содействии судов функционированию арбитража [7, с. 150].

В соответствии со ст. 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ, обращение стороны в суд или во время арбитражного разбирательства с просьбой о принятии обеспечительных мер и вынесение судом решения о принятии таких мер не являются несовместимыми с арбитражным соглашением. Комментируя ст. 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ, Б. Карабельников, исходя из позиции, что меры обеспечения иска могут осуществляться только на основании решений судов, отмечает, что в разных судебных системах вопрос об обосновании принятия обеспечительных мер решается по-разному:

1) в одних юрисдикциях – исключительно в связи с делами, находящимися в производстве национальных судов;

2) в других – для принятия обеспечительных мер требуется наличие решения арбитража по данному вопросу;

3) меры могут быть предоставлены по просьбе одной из сторон до возбуждения арбитражного разбирательства и формирования состава арбитража [8, с. 151].

Г. Севастьянов реестр правовых проблем, связанных с принятием судом мер обеспечения иска в поддержку арбитража, дополняет вопросами о статусе распорядительных полномочий арбитража по принятию обеспечительных мер, а также о соотношении обеспечительных мер, установленных в отношении арбитража компетентным государственным судом, и обеспечительных мер, выне-

сенных «иностранным» арбитражем [7, с. 151].

Г. Борн ключевым для стороны арбитражного соглашения, ходатайствующей об обеспечении иска, называет вопрос полномочия арбитража в области принятия обеспечительных мер. Выяснение объема полномочий арбитража в рамках конкретного разбирательства, по мнению ученого, требует обращения к трем источникам: любой применимой международной арбитражной конвенции, применимому национальному праву и арбитражному соглашению, включая регламент международного арбитражного института [9, с. 814].

Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» от 24.02.1994 г. (действующий в редакции 2005 г.; далее – Закон), основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ в редакции 1985 г., допускает полномочие арбитров принимать обеспечительные меры. В соответствии с положениями ст. 17 Закона, арбитражный суд может по просьбе какой-либо стороны предписать обеспечительные меры относительно предмета спора [11]. Одновременно на практике отсутствуют законодательные механизмы эффективного приведения в исполнение такого решения, существует необходимость поддержки государственным судом обеспечения иска в арбитраже.

М. Мальский и А. Богуцкий обращают внимание на то, что ввиду отсутствия возможности непосредственного обращения с арбитражным предписанием о принятии обеспечительных мер в органы принудительного исполнения решений, а также предусмотренного процессуальным законодательством сотрудничества государственных судов Украины с арбитражами по данному вопросу реализация мер обеспечения иска на стадии арбитражного разбирательства невозможна. Комментируя действующую редакцию Закона Украины «Об исполнительном производстве», исследователи отмечают, что законодательство содержит исчерпывающий перечень документов, на основании которых органы государственной исполнительной службы уполномочены открывать исполнительное производство и осуществлять принудительное



исполнение, и решения арбитража в этот перечень не входят [12].

Вероятность исполнения предписания арбитража о принятии обеспечительных мер возрастает при наличии ряда факторов, как отмечает г. Севастьянов. По убеждению исследователя, смешанная природа арбитража позволяет ставить вопрос о возможности использования различных способов «стимулирования» участников арбитражного разбирательства к исполнению постановлений о принятии обеспечительных мер: гражданско-правовых (путем, к примеру, включения в арбитражное соглашение или регламент арбитражного института положения о выплате штрафной неустойки), процессуальных (увеличение арбитражного сбора, возложение арбитражных расходов на уклоняющуюся сторону соглашения) [7, с. 226].

В сфере частного правосудия, как отмечает С. Курочкин, основой судебного контроля является доктрина *exces de pouvoir*, квинтэссенция которой заключается в следующем: «Арбитражное решение, вынесенное в соответствии с согласованными правилами, рассматривается как неотъемлемая часть арбитражного соглашения и является обязательным для сторон. В случаях, если оно не отвечает их ожиданиям, решение не становится продуктом согласованной воли участников правоотношений. Арбитры в этой ситуации превышают переданные им полномочия, а потому вынесенное решение является недействительным [...]» [6, с. 467–468].

В большинстве юрисдикций, если арбитражный состав еще не был сформирован, стороны арбитражного соглашения могут обратиться в государственный суд о принятии обеспечительных мер в целях защиты из-за наличия непосредственной угрозы. Однако, как только арбитраж сформирован, порядок действий сторон будет несколько отличаться; например, некоторые регламенты арбитражных институтов предполагают, что после формирования арбитражного состава стороны будут обращаться в государственный суд лишь «при определенных обстоятельствах» (Арбитражный регламент Международной торговой палаты

[13]) или, в соответствии с другими регламентами, «в исключительных случаях» (Арбитражный регламент Лондонского международного арбитражного суда [14]) [10, с. 108].

Федеральный закон об арбитраже Соединенных Штатов Америки от 12 февраля 1925 г. (Federal Arbitration Act) в редакции от 15 ноября 1990 г. [15] вообще не затрагивает вопросы применения обеспечительных мер, в то время как ст. 21 Регламента Международного центра разрешения споров (далее – Регламент ICDR) Американской арбитражной ассоциации содержит нормы, согласно которым по просьбе любой из сторон спора суд может принимать любые обеспечительные меры, которые сочтет необходимыми, в том числе судебные запреты и меры по защите или сохранению имущества [16].

А. Есилрмак формулирует перечень причин, которые обуславливают важность судебной поддержки полномочий арбитражного состава по обеспечению иска:

– почтение к незыблемости заключенного соглашения, которое должно быть выполнено в предусмотренном виде. Когда стороны выбирают арбитраж в качестве способа разрешения спора, их главной целью является решение любых споров, которые могут возникнуть между ними в будущем, в порядке арбитража и избежание передачи спора в государственный суд. Необходимо относиться с уважением к попытке сторон арбитражного соглашения избежать рассмотрения дела в суде, поскольку такая цель является отражением принципа автономии воли. Как подчеркивает исследователь, использование судебной ветви власти в нарушение действующей арбитражной оговорки может «разрушить» арбитражное соглашение [11, с. 50];

– уважение к распределению рисков, согласованному сторонами, также поддерживает арбитражное соглашение. На момент заключения договора сторона могла намереваться не рисковать, имея дело с «капризами законов» (*vagaries of laws*) иностранного государства или практикой иностранного суда;

– если окончательное разрешение спора поручается арбитрам, доверие

относительно избрания обеспечительной меры должно быть продемонстрировано арбитражу относительно того же спора;

– как правило, арбитры занимают лучшее положение относительно государственных судей по поводу определения, используется ли ходатайство об обеспечении иска в качестве «замедляющей тактики» или «наступательного оружия» или, наоборот, существует истинная потребность в принятии обеспечительной меры. Такое положение вещей объясняется тем, что арбитры, как правило, лучше знакомы с фактами, нежели государственные судьи, а также рассматривают спор с начала и до его разрешения;

– спорным остается мнение о том, что компетенция арбитров по делу, которое рассматривается, делает арбитраж более подходящим способом разрешения спора. Так, иск о принятии меры обеспечения иска имеет больше шансов быть удовлетворенным своевременно, когда этот вопрос решается арбитрами;

– арбитраж, как правило, имеет менее разрушительное воздействие на деловые отношения между сторонами арбитражного соглашения. Выведение спора из пределов компетенции арбитража для применения обеспечительной меры может негативно повлиять на процесс разрешения спора, следовательно, на отношения сторон;

– существует высокая вероятность того, что во время арбитражного разбирательства вопросы обеспечения иска, аргументы сторон, предмет арбитража (например, коммерческая тайна), а в отдельных случаях сам факт осуществления арбитражного разбирательства останутся конфиденциальными. Относительно обеспечительных мер, принимаемых государственным судом, конфиденциальность не всегда может быть гарантирована, так как большинство судебных процессов являются гласными;

– вид и форма арбитражных обеспечительных мер обычно являются гибкими и приспособленными к конкретному делу; соответственно, арбитры, в отличие от государственного судьи, могут выбрать наиболее



подходящий вид и форму решения, принимая во внимание различные аспекты дела;

– арбитражные обеспечительные меры не настолько затратны, как меры обеспечения иска, принимаемые государственным судом [17, с. 49–53].

Выводы. Подводя итоги, следует отметить, что исследователи правовых проблем обеспечения иска в международном коммерческом арбитраже сходятся во мнении, что защита интересов сторон арбитражного соглашения может быть реализована только в том случае, когда решение об обеспечении иска подлежит обязательному исполнению. По этой причине международные договоры, национальное законодательство, регламенты арбитражных институтов в подавляющем большинстве содержат нормы, регулирующие процедуру применения обеспечительных мер арбитражем, возможность поддержки государственным судом арбитража в предписывании обеспечительных мер, доарбитражные процедуры, направленные на обеспечение законных прав сторон соглашения на последующих стадиях арбитражного разбирательства. Основным недостатком применения обеспечительных мер арбитражным составом остается отсутствие в арбитражах императивных полномочий по поводу выполнения решения об обеспечении иска.

Список использованной литературы:

1. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf.

2. Цірат Г.А. Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі: Питання законності та юридичної сили. Частина 1 / Г.А. Цірат // Європейські перспективи. – 2010. – № 2. – С. 63–73.

3. Кравцов С.О. Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди / С.О. Кравцов. – Х. : Право, 2014. – 231 с.

4. Лопатина Д.А. Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже / Д.А. Лопатина // Реклама и право. – 2008. – № 2 (11). – С. 35–37.

5. Притика Ю.Д. Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі / Ю.Д. Притика // Право України. – 2011. – № 1. – С. 139–149.

6. Курочкин С.А. Частные и публичные начала в цивилистическом процессе / С.А. Курочкин. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – 560 с.

7. Международный коммерческий арбитраж / под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – 496 с.

8. Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей: Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. / Б.Р. Карабельников. – 3 изд., перераб. и доп. – М. : Статут, 2008. – 606 с.

9. Born G.B. International Arbitration: Cases and Materials. – Wolters Kluwer, 2011. – 1263 p.

10. Moses M.L. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. – Second Edition. – Cambridge University Press, 2012. – 372 p.

11. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : URL : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>.

12. Мальський М. Арбітраж: Невиконане завдання / М. Мальський, А. Богуцький // Український юрист. – 2013. – № 1–2. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : URL : <http://jurist.ua/?article/301>.

13. ICC Rules of Arbitration [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL : <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration>.

14. LCIA Arbitration Rules [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL : http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.

15. Federal Arbitration Act [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <https://www.aaau.org/media/5045/federal%20arbitration%20act.pdf>.

16. International Dispute Resolution Procedures [Электронный ресурс]. –

Режим доступа : URL: https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_002037.

17. Yesilirmak A. Provisional Measures in International Commercial Arbitration. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – 329 p.