

## 10. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ

### 10.1. Понятие и признаки обеспечительных мер

Под обеспечительными мерами понимаются временные санкции, которые государственный, третейский суд или международный арбитраж возлагают на ответчика с целью обеспечения исковых требований истца. Такие меры принимаются для соблюдения интересов одной из сторон разбирательства на срок до вынесения окончательного арбитражного решения по существу спора<sup>1</sup>.

В докладе Рабочей группы *UNCITRAL*, с 2000 по 2008 г. занимавшейся разработкой положений об обеспечительных мерах для обновленного Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, сообщалось, что обеспечительные меры являются общей категорией для любых решений судов или арбитражей, направленных на временную защиту интересов одной из сторон разбирательства. Рабочая группа отметила, что в национальных правовых системах, международных правовых актах и регламентах арбитражных институтов существует терминологическая разница в определении обеспечительных мер, однако по существу они одни и те же<sup>2</sup>.

Считается, что институт обеспечительных мер получил юридическое оформление в римском праве в качестве концепции *pendente lite*. Например, меры *cautio judicatum solvi* применялись судом в случаях обращения основного требования на денежные средства или собственность, которые передавались истцу до окончательного решения суда. Меры *hereditatis tuendae causa* применялись судом в случаях, когда было необходимо обеспечить статус наследника, даже когда речь шла о зачатом, но еще не рожденном ребенке. Меры *operis novi nuntiatio* применялись в отношении ведущегося строительства, которое нарушало права истца<sup>3</sup>. По причине своей значимости заложенные в римском праве принципы нашли развитие в современном национальном и международном праве.

Сегодня институт обеспечительных мер вышел за рамки системы государственных судов, став одним из важнейших атрибутов современного, эффективного международного третейского разбирательства. В последние десятилетия к институту обеспечительных мер все чаще обращаются в практике международных коммерческих и инвестиционных арбитражей. В значительной степени это связано с широким применением арбитража как

---

<sup>1</sup> *Cambell Dennis*. The Arbitration Process. Kluwer Law International, 2002. P. 43–44.

<sup>2</sup> Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-second session. Vienna, 20–31 March 2000. UNCITRAL. A/CN.9/468. P. 15 // [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>3</sup> *Dumbauld Edward*. Interim Measures of Protection in International Controversies. Martinus Nijhoff. 1932. P. 33–42.

метода разрешения споров. Одновременно отметим, что роль обеспечительных мер возросла и в спорах между субъектами публичного права. Известно, что «количество обращений за обеспечительными мерами в Международный трибунал ООН по морскому праву возросло в период с 1990 по 1999 год»<sup>4</sup>. В качестве примера обеспечительных мер в публично-правовых спорах можно привести запрет на вылов японскими моряками голубого тунца в отдельных районах Тихого океана<sup>5</sup>. Обеспечительные меры были вынесены по заявлению Новой Зеландии и Австралии, обеспокоенных сокращением популяции голубого тунца в своих эксклюзивных экономических зонах. Меры носили временный характер и действовали вплоть до момента разрешения спора между Австралией, Новой Зеландией и Японией по существу.

Юридическая практика, независимо от правовой системы и метода разрешения спора, строится на трех базовых критериях, которые лежат в основе любого решения о принятии обеспечительных мер.

Первый – обеспечительные меры обусловлены срочностью ситуации, что часто можно встретить в мотивировочной части решения по обеспечительным мерам. Так, при вынесении решения о применении обеспечительных мер по спору между *S.D. Myers, Inc. v. Canada* арбитраж мотивировал это тем, что «необходимы немедленные меры для предотвращения значительного вреда окружающей среде, человеческим жизням и здоровью»<sup>6</sup>.

Второй – обеспечительные меры должны быть соразмерны последствиям, на предотвращение которых они направлены. В споре между *Southern Seas Navigation Limited* и *Petroleos Mexicanos* арбитраж указал, что само по себе наличие финансового ущерба еще не является основанием для принятия обеспечительных мер. Вместе с тем лишь необратимый финансовый ущерб (например, возможное банкротство, которое в случае его наступления не может быть обращено вспять исключительно присуждением денежной суммы) является нарушением *status quo*, которое делает принимаемые обеспечительные меры соразмерными возможному вреду<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> *Addo Michael K.* Interim Measures of Protection for Rights under the Vienna Convention on Consular Relations. // *European Journal of International Law.* Vol. 10 (1999). P. 713.

<sup>5</sup> *Southern Bluefin Tuna Cases.* *New Zealand v. Japan; Australia v. Japan.* Requests for provisional measures. ITLOS/PV.99/20/Rev. 1. P. 29.

<sup>6</sup> *Myers S.D. Inc. v. Canada.* NAFTA. Partial Award. 13 November 2000.

<sup>7</sup> *Southern Seas Navigation Limited v. Petroleos Mexicanos,* Interim Award No.2015. Society of Maritime Arbitrators, Inc. 24 August 1985.

Отметим, что в рамках международной унификации процессуального права принцип соразмерности, например, заложен в «Принципах транснационального гражданского процесса», принятых УНИДРУА в 2004 г.<sup>8</sup>

Третий критерий – обеспечительные меры носят временный характер. В докладе Рабочей группы *UNCITRAL* по вопросам международного арбитража обращается внимание на то, что обеспечительные меры не имеют силы окончательного решения и могут быть впоследствии скорректированы либо полностью отменены<sup>9</sup>. К примеру, в деле *Frontier International Shipping Corp. v. Tavros* истец обратился в Федеральный суд Канады с просьбой обеспечения его интересов по предстоящему арбитражному разбирательству в Нью-Йорке. Суд удовлетворил просьбу и обратил внимание истца на то, что обеспечительные меры носят временный характер и направлены на обеспечение имущественных прав истца до вынесения окончательного решения арбитражем. Такие меры не могут рассматриваться в качестве судебного решения по делу, они носят лишь вспомогательный для арбитражного разбирательства характер<sup>10</sup>.

В правовой литературе отмечается, что, прежде чем арбитраж вынесет решение о запрашиваемых обеспечительных мерах, должны быть соблюдены три основных условия: а) заявитель должен доказать, что имеет основания для предъявления требований по существу в рамках данного дела; б) существует вероятность того, что предмет, на который обращены обеспечительные меры, может быть отчужден, обременен ответчиком, потеряет ценность или вообще перестанет существовать, что сделает обращение взыскания на него невозможным или крайне затруднительным; в) заявитель предоставит встречное обеспечение, которое позволит компенсировать возможный ущерб ответчику, если требования истца окажутся безосновательными<sup>11</sup>.

## 10.2. Классификация обеспечительных мер

В правовой литературе было предпринято множество попыток классификации обеспечительных мер. Отдельного внимания заслуживает перечень существующих

---

<sup>8</sup> Principle 8.1: Provisional Measures: «Provisional measures are governed by the principle of proportionality» / Principles of Transnational Civil Procedure. American Law Institute/UNIDROIT // <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>

<sup>9</sup> Report of the Secretary General. UNCITRAL. Working Group on Arbitration. 32 session. Vienna, 20–31 March 2000. A/CN.9/WGII/WP.108. P. 30.

<sup>10</sup> *Frontier International Shipping Corp. v. Tavros*. [1999] 2 F.C. 445, Canada, Federal Court of Canada.

<sup>11</sup> *J. Gillis Wetter, Kaj Hobér*. Arbitration in Sweden. Stockholms handelskammare 1984. P. 99–100.

обеспечительных мер, разработанный Рабочей группой *UNCITRAL* по вопросам международного арбитража<sup>12</sup>. В данном перечне меры разбиты на две группы.

*Группа I. Меры, принимаемые во избежание либо для сведения к минимуму вреда, убытков или ущерба.*

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

i) предписание о том, что имущество, которое является предметом спора, не может отчуждаться стороной либо может быть передано на сохранение третьей стороне (например, в Швеции эта мера известна как секвестр. – *Примеч. авт.*)<sup>13</sup>;

ii) предписание о том, чтобы ответчик передал имущество истцу при условии предоставления встречного обеспечения, соответствующего стоимости переданного имущества, с тем чтобы покрыть возможные убытки ответчика, если иск окажется необоснованным;

iii) предписание о проведении инспекции (места, объекта и т.д. – *Примеч. авт.*) в том случае, если очевидно, что ситуация может измениться до того, как станет предметом рассмотрения третейским судом;

iv) предписание о том, чтобы одна сторона предоставила другой стороне определенную информацию, например компьютерный код доступа, которая позволила бы продолжить или завершить определенную работу;

v) предписание о продаже скоропортящихся товаров, с удержанием доходов третьей стороной (до момента вынесения окончательного решения. – *Примеч. авт.*);

vi) назначение администратора для управления спорным имуществом, приносящим доход, причем расходы на это должны распределяться по указанию третейского суда;

vii) предписание о продолжении исполнения договорных обязательств, являющихся предметом спора;

viii) предписание о принятии надлежащих мер во избежание утраты какого-либо права, например, путем уплаты сборов, необходимых для возобновления действия товарного знака, или же производства платежа для продления действия лицензии, касающейся программного обеспечения; и

---

<sup>12</sup> Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа II (Арбитраж и согласительная процедура). Тридцать шестая сессия. Нью-Йорк, 4–8 марта 2002 г. С. 7–8.

<sup>13</sup> Статья 1 гл. 15 Процессуального кодекса Швеции. SFS 1942:740.

ix) предписание о сохранении конфиденциальности определенной информации и принятии мер для обеспечения такой конфиденциальности.

*Группа II. Меры по содействию приведению в исполнение арбитражного решения:*

i) предписание, которое направлено на замораживание спорного имущества до вынесения решения по существу, которое может включать предписание не перемещать спорное имущество за пределы страны, и предписание не отчуждать имущество в пределах той страны, в которой будет испрашиваться приведение в исполнение арбитражного решения (известно в шведском праве как *kvarstad*. – *Примеч. авт.*);

ii) предписание в отношении имущества, принадлежащего стороне арбитражного разбирательства, которое, однако, находится под контролем третьей стороны (например, запрет банку списывать средства со счетов ответчика);

iii) предоставление обеспечения в размере суммы спора, например, предписание депонировать определенную сумму денег на указанный счет, передача определенного имущества или предоставление поручительства или гарантии третьими лицами; или

iv) предоставление обеспечения возмещения арбитражных издержек, например, предписание депонирования определенной суммы денег на счет третейского суда или предоставления залога или гарантии.

Возможно, систематизация, предложенная Рабочей группой ЮНСИТРАЛ, не самая удачная и исчерпывающая, однако она дает ориентиры для понимания существующего в национальных процессуальных законах арсенала обеспечительных мер, доступных для сторон судебного или арбитражного разбирательства.

### **10.3. Обеспечительные меры чрезвычайного арбитража**

#### **10.3.1. Понятие чрезвычайного арбитража**

В апреле 2009 г. Арбитражный институт ТПС анонсировал, что с целью усовершенствования механизма защиты интересов сторон, заключивших арбитражную оговорку на ТПС, Правление ТПС приняло решение о включении в арбитражный регламент положений о чрезвычайном арбитраже<sup>14</sup>. В качестве причины обновления Регламента в этой части названа высокая потребность в обеспечительных мерах. В частности, делается ссылка на результаты исследования ТПС 2008 г. о процессуальных предпочтениях сторон,

---

<sup>14</sup> SCC strengthens its Arbitration Rules. 15 April 2009. <http://www.sccinstitute.com/?id=23696&newsid=25681>

в котором 82% респондентов высказались за необходимость введения доарбитражных обеспечительных мер.

Предлагаемый механизм заключался в следующем. До формирования состава арбитража, который призван рассмотреть дело по существу, сторона вправе обратиться в Арбитражный институт ТПС с ходатайством о назначении чрезвычайного арбитра, который в течение нескольких дней обязан рассмотреть вопрос о вынесении обеспечительных мер.

В международной практике данный институт существует около двух десятков лет, при этом на сегодняшний день сформировалось несколько моделей устройства чрезвычайного арбитража.

Например, в Международном арбитражном суде Международной торговой палаты в Париже (далее – МТП) с 1990 г. действует Регламент о чрезвычайном арбитраже<sup>15</sup>. Считается, что это первый в своем роде регламент, позволяющий обеспечить иски истца на стадии, когда основной состав арбитража еще не сформирован. Однако за первые 15 лет своего существования Регламент о чрезвычайном арбитраже применялся всего несколько раз<sup>16</sup>. Объясняется это достаточно просто: для применения данной процедуры в основную арбитражную оговорку стороны должны включить положение о применении чрезвычайного регламента (модель «*opt-in*»). Если такой договоренности между сторонами нет, то у МТП отсутствует компетенция на возбуждение процедуры чрезвычайного арбитража. При таком подходе сложно предположить, что в будущем количество дел данной категории увеличится.

В Международном центре по разрешению споров при ААА (далее – МЦРС) также разработан механизм доарбитражных обеспечительных мер, который содержится в ст. 37 Регламента международного арбитража<sup>17</sup>. Чрезвычайный арбитраж назначается МЦРС и вправе вынести обеспечительные меры для обеспечения основного иска. Положения ст. 37 о чрезвычайном арбитраже автоматически распространяются на все споры, рассматриваемые по Регламенту международного арбитража МЦРС. То есть в отличие от Регламента МТП о чрезвычайном арбитраже Регламент международного арбитража МЦРС придерживается модели «*opt-out*», другими словами, положения ст. 37 о чрезвычайном арбитраже автоматически применяются, если стороны прямо не исключили ее действия в арбитражном соглашении. Однако следует учесть, что сторона вправе обратиться с

---

<sup>15</sup> ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee procedure 1990.

<sup>16</sup> *James Hosking, Erin Valentine*. Pre-Arbitral Emergency Measures of Protection: New Tools for an Old Problem // Commercial Arbitration 2011: New Developments and Strategies for Efficient, Cost-effective Dispute Resolution. P. 203.

<sup>17</sup> Article 37 ICDR International Arbitration Rules, in force as of May 1, 2006.

заявлением о назначении чрезвычайного арбитра только после направления в МЦРС просьбы об арбитраже для рассмотрения спора по существу, что является своего рода фильтром, не допускающим шквала запросов об обеспечительных мерах. В период с 2006 по 2010 г. ст. 37 Регламента международного арбитража применялась в 14 делах, и было вынесено 11 решений по обеспечительным мерам. Средняя продолжительность чрезвычайной процедуры составила три недели<sup>18</sup>.

В 2006 г. Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, находящийся в Вашингтоне (далее – МЦУИС), внес изменения в ст. 39 Арбитражного регламента. Согласно п. 5 ст. 39 (в новой редакции) сторона после направления просьбы об арбитраже вправе обратиться в МЦУИС за вынесением обеспечительных мер. МЦУИС незамедлительно информирует другую сторону о получении ходатайства о вынесении обеспечительных мер и предлагает ей направить свои комментарии по данному вопросу, чтобы после формирования состава арбитража для рассмотрения дела по существу вопрос об обеспечительных мерах был решен в первоочередном порядке<sup>19</sup>.

Обращение с просьбой о назначении чрезвычайного арбитра, как правило, не ограничивает права стороны обратиться в компетентный государственный суд за получением обеспечительных мер<sup>20</sup>. Тем не менее чрезвычайная процедура обладает несомненной ценностью в тех случаях, когда необходимо соблюдение конфиденциальности либо когда истец по ряду причин (политические риски, коррумпированность или медлительность судов и т.д.) избегает обращения в государственные суды по месту нахождения ответчика или его имущества.

Следуя современной общемировой практике, ТПС было разработано Положение о чрезвычайном арбитраже, которое действует с 1 января 2010 г. и содержится в Приложении II к Арбитражному регламенту Арбитражного института (далее – Положение). В Правилах ускоренной арбитражной процедуры ТПС предусмотрена аналогичная возможность назначения чрезвычайного арбитра<sup>21</sup>.

### **10.3.2. Процедура чрезвычайного арбитража ТПС**

Состав арбитража, рассматривающий спор по существу, вправе вынести обеспечительные меры в отношении одной из сторон спора для обеспечения исковых требований другой стороны. Однако с момента подачи заявления об арбитраже в ТПС и до

---

<sup>18</sup> *Martin Gusy, James Hosking and Franz Schwarz. A Guide to the ICDR International Arbitration Rules. Oxford University Press, 2011. P. 301.*

<sup>19</sup> Article 39 ICSID Arbitration Rules.

<sup>20</sup> См., например, Article 39 (6) ICSID Arbitration Rules, Article 37(8) ICDR International Arbitration Rules.

<sup>21</sup> *Lundstedt Johan. SCC Practice: Emergency Arbitrator. Decisions rendered in 2010. P. 5–6.*

момента формирования состава арбитража может пройти несколько месяцев, в течение которых интересы истца остаются без защиты. По статистике ТПС, разрыв между подачей заявления об арбитраже в ТПС и датой формирования состава арбитража для рассмотрения спора по существу составляет от одного до трех месяцев<sup>22</sup> – срок, вполне достаточный для причинения непоправимого вреда интересам истца. Этот факт в значительной степени предопределил необходимость создания института чрезвычайного арбитража при ТПС.

Для инициации чрезвычайного арбитража и назначении чрезвычайного арбитра сторона должна подать соответствующее ходатайство в Секретариат ТПС. Ходатайство подается в электронной форме на специальный электронный адрес Секретариата *emergencyarbitrator@chamber.se*. В обязанности одного из юристов Секретариата входит работа с корреспонденцией, поступающей на данный почтовый ящик. При получении запроса о возбуждении чрезвычайной арбитражной процедуры ответственный юрист незамедлительно уведомляет другую сторону и Правление о поступлении такого заявления. Принимая во внимание срочный характер дела, мониторинг электронного почтового ящика осуществляется круглосуточно для оперативного запуска процедуры чрезвычайного арбитража.

В силу ст. 2 Приложения II Регламента ТПС ходатайство о назначении чрезвычайного арбитра должно содержать:

- i) указание на наименования, адреса, телефонные и факсимильные номера, а также адреса электронной почты сторон и их представителей;
- ii) краткое изложение существа спора;
- (iii) указание на запрашиваемые обеспечительные меры и обоснование необходимости принятия таковых;
- (iv) копию или описание арбитражного соглашения или оговорки, на основе которых спор должен быть разрешен;
- (v) комментарии относительно места проведения чрезвычайной процедуры, применимого права и языка разбирательства.

К ходатайству о назначении чрезвычайного арбитра по Арбитражному регламенту ТПС прилагается документ, подтверждающий оплату расходов по проведению чрезвычайной процедуры, которые составляют 15 000 евро. В указанную сумму включается гонорар чрезвычайного арбитра в размере 12 000 евро и сбор ТПС за подачу ходатайства в размере

---

<sup>22</sup> *Lundstedt Johan*. A conference speech «Emergency Arbitration – the SCC experience». Kiev Arbitration Days, 15 November 2012. P. 2.



3000 евро<sup>23</sup>. Если чрезвычайный арбитр назначается по Правилам ускоренной арбитражной процедуры, то расходы составляют 7500 евро, из которых 6000 евро – это гонорар чрезвычайного арбитра и 1500 евро – сбор ТПС за подачу ходатайства о назначении чрезвычайного арбитра. В зависимости от сложности дела Правление может увеличить или уменьшить сумму расходов по проведению чрезвычайной процедуры. Вопрос об отнесении расходов на проведение чрезвычайной процедуры на проигравшую сторону может быть разрешен в окончательном арбитражном решении по существу.

Принимая во внимание факт, что чрезвычайное решение не может быть вынесено без учета мнения ответчика (*ex parte*), ст. 3 Положения о чрезвычайном арбитраже ТПС установлено правило об обязанности Секретариата незамедлительно после получения запроса о назначении чрезвычайного арбитра уведомить другую сторону о поступившем ходатайстве<sup>24</sup>. Тем самым предоставляется возможность ответчику подготовить и представить свою позицию по вопросу о допустимости и правомерности запрашиваемых обеспечительных мер.

В течение 24 часов с момента получения от Секретариата уведомления о поступившем ходатайстве Правление обязано назначить чрезвычайного арбитра. Известно, что на практике Правление всегда укладывается в отведенный срок, что подтверждается статистикой имевших место случаев назначения чрезвычайных арбитров<sup>25</sup>. Затем информация о назначении чрезвычайного арбитра и его резюме незамедлительно направляются сторонам. Примечательно, что все назначенные Правлением чрезвычайные арбитры являлись известными международными специалистами в области разрешения споров.

На чрезвычайного арбитра распространяются общепринятые требования о беспристрастности и независимости. Если имеются основания полагать, что арбитр в какой-либо мере пристрастен или зависим от одной из сторон, то такой арбитр может быть отведен. В течение 24 часов с момента, когда стороне стали известны обстоятельства, которые могут служить основанием для отвода, она вправе заявить арбитру отвод. Если сторона не заявляет об отводе в отведенный срок, это считается отказом от права заявить отвод назначенному чрезвычайному арбитражу. Окончательное решение по вопросу об отводе принимается Правлением.

### 10.3.3. Компетенция чрезвычайного арбитра

---

<sup>23</sup> Статья 10 Приложения II к Регламенту ТПС.

<sup>24</sup> Статья 3 Приложения II к Регламенту ТПС.

<sup>25</sup> *Lundstedt Johan*. A conference speech «Emergency Arbitration – the SCC experience». Kiev Arbitration Days, 15 November 2012. P. 5.

При заключении арбитражного соглашения о разрешении споров по Регламенту ТПС или по Правилам ускоренной арбитражной процедуры ТПС Положение о чрезвычайном арбитраже ТПС автоматически распространяется на все споры, охватываемые арбитражным соглашением. То есть ТПС инкорпорировал в свои регламенты модель «*opt-out*». Для того чтобы исключить применение положений о чрезвычайном арбитраже, сторонам следует внести в арбитражное соглашение прямое указание на то, что Правила ускоренной арбитражной процедуры ТПС не подлежат применению. В связи с этим сторонам, уже имеющим соглашение о рассмотрении споров в соответствии с Арбитражным регламентом или Правилами ускоренной арбитражной процедуры Арбитражного института ТПС, но желающим избежать процедур чрезвычайного арбитража, необходимо рассмотреть возможность внесения изменений в их арбитражные соглашения, исключив действие Положения о чрезвычайном арбитраже.<sup>26</sup> Таким образом, если стороны договорились о передаче споров в Арбитражный институт ТПС и прямо не исключили возможность инициации чрезвычайной процедуры, то ТПС обладает компетенцией назначить чрезвычайного арбитра по просьбе стороны.

Как отмечалось, с момента получения уведомления о поступившем ходатайстве от Секретариата Правлению отводится 24 часа на решение вопроса о *prima facie* компетенции и на назначение чрезвычайного арбитра. Если очевидно, что у Арбитражного института ТПС отсутствует компетенция, чрезвычайный арбитраж не назначается и ходатайство стороны отклоняется. Если же отсутствие компетенции не очевидно и для решения юрисдикционного вопроса необходимы дополнительные действия, то такая функция возлагается на основной состав арбитража, который будет сформирован для разрешения спора по существу. Для чрезвычайного арбитра лишь важно наличие *prima facie* компетенции ТПС. В одном из первых дел, рассмотренных по Положению ТПС о чрезвычайном арбитраже, вопрос о компетенции был разрешен именно таким образом.

*Между компаниями из Израиля (истец) и Грузии (ответчик) был заключен договор строительного подряда. По условиям договора в качестве обеспечения исполнения своих обязательств истец предоставил три банковские гарантии. Сославшись на неисполнение договора истцом, ответчик направил банкам требования о выплатах по гарантиям. После чего истец подал просьбу об арбитраже в Арбитражный институт ТПС, а неделю спустя – ходатайство о назначении чрезвычайного арбитра. В качестве обеспечительных мер истец потребовал «вынести приказ, запрещающий ответчику требовать или получать какие-либо средства по гарантиям истца до тех пор, пока не будет вынесено решение, наделяющее ответчика правом получить возмещение по гарантиям». Ответчик возражал против компетенции Арбитражного института*

---

<sup>26</sup> Зыков Р.О. Чрезвычайный арбитраж в Стокгольме. [www.arbitrations.ru](http://www.arbitrations.ru)

*ТПС на рассмотрение спора по существу, а также на вынесение обеспечительных мер чрезвычайным арбитром.*

*После двухраундового обмена заявлениями между сторонами чрезвычайный арбитр заключил, что в рамках предоставленных ему документов он может сделать лишь предварительный вывод о компетенции. Проведение более глубокого анализа о компетенции возложено на состав арбитража, который рассмотрит данный спор по существу. Основываясь на имеющейся у него информации, чрезвычайный арбитр полагает, что между сторонами имеется действительное арбитражное соглашение с привязкой к Регламенту ТПС, следовательно, у чрезвычайного арбитра имеется prima facie компетенция на вынесение обеспечительных мер по Правилам ускоренной арбитражной процедуры Положения о чрезвычайном арбитраже<sup>27</sup>.*

#### **10.3.4. Основания для вынесения обеспечительных мер**

Положение о чрезвычайном арбитраже не содержит каких-либо оснований, определяющих обстоятельства, при которых заявления о вынесении обеспечительных мер подлежат удовлетворению. Разработчики Положения исходили из универсальности оснований обеспечительных мер и предоставили арбитрам максимум свободы в разрешении данного вопроса.

Из общей процессуальной теории известно, что основаниями для вынесения обеспечительных мер являются: а) безотлагательность меры; б) предотвращение непоправимого вреда для истца и в) соразмерность меры<sup>28</sup>.

Из опубликованных решений по обеспечительным мерам, вынесенных по Регламенту ТПС, можно заключить, что базовые основания, которые применяются к вынесению обеспечительных мер, применимы и в чрезвычайном арбитраже. Для подтверждения данного тезиса рассмотрим некоторые из решений по процедуре чрезвычайного арбитража при Арбитражном институте ТПС.

Первым делом, рассмотренным по процедуре чрезвычайного арбитража, был спор между компаниями из Нидерландов и Кипра, возникший из нарушения договора купли-продажи портового терминала в части оплаты стоимости акций<sup>29</sup>. В частности, в своем решении арбитр проанализировал вопросы срочности обеспечительной меры и непоправимости потенциального вреда в случае невынесения обеспечительной меры:

*«Истец потребовал чтобы чрезвычайный арбитр вынес запрет, помимо прочего, на любые действия ответчика по отчуждению, обременению, продаже и иному распоряжению акциями компании X и недвижимости.*

*Арбитр проанализировал вопрос причинения вреда. Он отметил, что сторона, испрашивающая обеспечительной меры, по общему правилу обязана доказать, что*

<sup>27</sup> Emergency Decision. SCC Case № 139/2010.

<sup>28</sup> David D. Caron, Lee M. Caplan. The UNCITRAL Arbitration Rules: a Commentary. Oxford University Press, 2013. P. 537.

<sup>29</sup> Emergency Decision. SCC Case № 064/2010.

*обеспечительные меры носят срочный характер и направлены на предотвращение непоправимого вреда, имеющего неизбежный или угрожающий характер. Чрезвычайный арбитр нашел неубедительными доводы истца о неотложном характере обеспечительных мер или неизбежности риска отчуждения спорных активов ответчиком. Также истец не указал на какой-либо риск передачи ответчиком активов вне пределов досягаемости истцом. По этим причинам в данных требованиях истца было отказано»<sup>30</sup>.*

Подобной логике следовал арбитр в упоминавшемся выше деле между компаниями из Израиля и Грузии из договора строительного подряда, что также нашло отражение в тексте чрезвычайного решения<sup>31</sup>:

*«Чрезвычайный арбитр... указал, что сторона, требующая применения обеспечительных мер, по общему правилу должна доказать, что такие меры направлены на предотвращение непоправимого вреда, имеющего неизбежный или угрожающий характер. Данное требование установлено многими правовыми системами и кодифицировано в ст. 17 и 17(A) Типового закона ЮНСИТРАЛ. В настоящем деле чрезвычайный арбитр пришел к выводу, что требование об обеспечительных мерах не носило неотложного характера и отсутствовала угроза непоправимого вреда, который мог быть нанесен истцу в случае отказа в обеспечительных мерах.*

*Чрезвычайный арбитр нашел неубедительными доводы истца о безотлагательности мер и о наличии риска непоправимого вреда в результате того, что ответчик требует оплату по гарантиям. Истец не доказал, что утверждаемый вред носит непоправимый характер, который оправдывает применение обеспечительных мер»<sup>32</sup>.*

### **10.3.5. Решение чрезвычайного арбитра**

В течение 5 дней со дня передачи чрезвычайному арбитру материалов дела он обязан принять решение об обеспечительных мерах. Решение облекается в письменную форму, подписывается арбитром, содержит дату его принятия, место проведения чрезвычайной процедуры и причины, на основании которых данное решение было принято<sup>33</sup>. Чрезвычайный арбитр должен без промедления направить копии чрезвычайного решения каждой из сторон и Секретариату.

Согласно ст. 5 Приложения II к Регламенту ТПС местом чрезвычайного арбитража считается место арбитража, т.е. то место, в котором стороны условились провести арбитражное рассмотрение спора по существу. В случае отсутствия такой договоренности

<sup>30</sup> Лундстедт Ю. Практика ТПС по назначению чрезвычайного арбитра: решения, вынесенные в 2010 году // Материалы Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма по вопросам юрисдикции, отводов и назначения чрезвычайного арбитра. М., 2012. С. 63.

<sup>31</sup> Emergency Decision. SCC Case № 139/2010.

<sup>32</sup> Лундстедт Ю. Практика ТПС по назначению чрезвычайного арбитра: решения, вынесенные в 2010 году // Материалы Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма по вопросам юрисдикции, отводов и назначения чрезвычайного арбитра. М., 2012. С. 65, 66.

<sup>33</sup> Статья 8 (2) Приложения II к Арбитражному регламенту Арбитражного института ТПС.

место чрезвычайного арбитража определяется решением Правления. Из практики Правления можно сделать вывод, что в отсутствие договоренности сторон местом чрезвычайного арбитража Правление определит Стокгольм. В проекте по разработке Положения о чрезвычайном арбитре говорится, что решение Правления о месте чрезвычайного арбитража не влияет на решение Правлением вопроса о месте арбитража по существу<sup>34</sup>.

Если очевидно, что 5-дневный срок на вынесение чрезвычайного решения не будет соблюден, арбитр вправе обратиться к Правлению с просьбой о продлении сроков. В основном это происходит по инициативе ответчика, который ходатайствует о предоставлении дополнительного времени для подтверждения полномочий его юридических представителей и подготовки своей позиции по делу. За три года применения Положения о чрезвычайном арбитре (с 2010 по 2012 г.) в ТПС поступило восемь ходатайств о назначении чрезвычайного арбитра. В пяти случаях решения были вынесены в течение 5 дней. В остальных трех случаях сроки были увеличены Правлением, тем не менее решения были вынесены менее чем за 12 дней с момента передачи дела арбитру<sup>35</sup>. Из практики ТПС следует, что чрезвычайный арбитр принимает свое решение по представленным сторонами документам, без проведения устных слушаний, что позволяет уложиться в отведенные сроки<sup>36</sup>.

Несмотря на то что решение чрезвычайного арбитра является обязательным для сторон с момента его вынесения, оно не обладает юридической силой арбитражного решения по смыслу Нью-Йоркской конвенции, т.е. не является окончательным решением, и не подлежит принудительному исполнению государственными судами стран – членов Конвенции. В первую очередь юридическая сила чрезвычайного решения основана на договоре сторон о подчинении спора Регламенту ТПС. Поэтому негативные последствия, связанные с неисполнением чрезвычайного решения, могут стать предметом исследования составом арбитража по существу, даже несмотря на то, что по Регламенту ТПС состав арбитража напрямую не связан мотивами и решением чрезвычайного арбитра<sup>37</sup>.

Решение чрезвычайного арбитра носит временный характер и утрачивает обязательную силу, если<sup>38</sup>:

---

<sup>34</sup> SCC Rules on an Emergency Arbitrator on Interim Measures. Draft New Rules with Notes. March 2009.

<sup>35</sup> *Lundstedt Johan*. A conference speech «Emergency Arbitration – the SCC experience». Kiev Arbitration Days, 15 November 2012. P. 5.

<sup>36</sup> Emergency Decision. SCC Case № 139/2010; Emergency Decision. SCC Case № 144/2010; Emergency Decision. SCC Case № 187/2010.

<sup>37</sup> Статья 9 (5) Приложения II к Регламенту ТПС.

<sup>38</sup> Статья 9 (4) Приложения II к Арбитражному регламенту Арбитражного института ТПС.

- (i) соответствующее решение принимается чрезвычайным арбитром или составом арбитража;
- (ii) состав арбитража выносит окончательное решение;
- (iii) арбитражное разбирательство не было начато в течение 30 дней с момента принятия чрезвычайного решения; либо
- (iv) дело не было передано составу арбитража в течение 90 дней с момента принятия чрезвычайного решения.

#### **10.4. Обеспечительные меры состава арбитража**

Наличие права состава арбитража на вынесение обеспечительных мер определяется арбитражным законом страны, которая является местом арбитража. Так, если место арбитража находится в Швеции, то применяется Закон «Об арбитраже»; в случае когда местом арбитража выбрана Украина, то процессуальная сторона арбитража подлежит регулированию нормами Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» и т.д.<sup>39</sup>

Законы большинства стран устанавливают право состава арбитража на вынесение обеспечительных мер. К таковым в первую очередь относятся законы, разработанные на базе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже<sup>40</sup>, а также законы большинства проарбитражных государств<sup>41</sup>. Шведский арбитражный закон также предоставляет такое право составу арбитража<sup>42</sup>.

В международной практике имеются и примеры, когда право распорядиться об обеспечительных мерах изъято из компетенции состава арбитража и является прерогативой государственных судов. К таким странам относятся Италия, Греция, Таиланд и Аргентина<sup>43</sup>.

##### **10.4.1. Обеспечительные меры арбитража по Закону «Об арбитраже»**

Право состава арбитража на рассмотрение спора основывается на арбитражном соглашении сторон, в котором определены основные характеристики арбитражной

---

<sup>39</sup> Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» с изменениями и дополнениями, внесенными Законами Украины от 15 мая 2003 г. № 762-IV, от 6 сентября 2005 г. № 2798-IV.

<sup>40</sup> Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г., с изменениями, принятыми в 2006 г. [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/arbitration/1985\\_Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1985_Model_arbitration.html)

<sup>41</sup> Например, п. 1 и 2 ст. 183 Кодекса Швейцарии «О международном частном праве» (1987).

<sup>42</sup> Статья 25 (4) Закона «Об арбитраже».

<sup>43</sup> Статья 818 Гражданского процессуального кодекса Италии устанавливает: «Арбитры не могут принимать решения об аресте или иных обеспечительных мерах». Статья 889 Гражданского процессуального кодекса Греции содержит в себе норму, согласно которой «арбитр не обладает компетенцией принимать решения относительно предписания обеспечительных мер, их изменения и отмены».

процедуры. Руководствуясь принципом автономии воли, стороны вправе самостоятельно договориться о применимом праве, арбитражном регламенте, количестве арбитров, месте арбитража и, как следствие, применимом к арбитражу процессуальном законе (*lex arbitri*). В свою очередь именно *lex arbitri* регламентирует объем правового инструментария, доступного составу арбитража, такого, как, например, право вынести обеспечительные меры.

Право вынесения обеспечительных мер составом арбитража, рассматривающим спор по существу, предусмотрено п. 4 ст. 25 Закона Швеции «Об арбитраже»:

*«Если иное не установлено соглашением сторон, арбитры вправе, по просьбе одной из сторон, распорядиться о совершении другой стороной определенных действий в целях обеспечения требования, подлежащего рассмотрению арбитрами. Арбитры вправе потребовать от стороны, ходатайствующей об обеспечительных мерах, предоставления соответствующего встречного обеспечения, позволяющего компенсировать ущерб другой стороне, который может быть нанесен в связи с вынесением указанных мер».*

Из диспозитивной нормы данной статьи следует, что стороны вправе исключить действие данной статьи и запретить составу арбитража выносить специальные меры в целях обеспечения исковых требований<sup>44</sup>. Если стороны не исключили действия данной статьи, то состав арбитража автоматически получает широкие дискреционные полномочия в отношении обеспечительных мер.

Шведский Закон «Об арбитраже», однако, обходит вниманием вопрос о юридической силе постановлений арбитража по обеспечительным мерам. Ответ может быть найден в подготовительных документах к самому Закону, в которых поясняется, что постановления по обеспечительным мерам не подлежат исполнению государственными судами<sup>45</sup>. В этом смысле шведский закон не является исключением из общего правила – в большинстве стран постановления арбитражей по обеспечительным мерам не имеют силу арбитражного решения, которое может быть исполнено через систему государственных судов. Проблема неисполнимости постановлений по обеспечительным мерам по-прежнему остается ахиллесовой пятой международного арбитража, поэтому она стала предметом исследования Рабочей группы II ЮНСИТРАЛ по внесению изменений в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже: *«Эффективность арбитража как метода урегулирования торговых споров зависит от возможности приведения в*

---

<sup>44</sup> В разделе настоящей главы о чрезвычайном арбитраже обсуждались модели «*opt in*» и «*opt out*».

<sup>45</sup> Подготовительные документы к Закону Швеции «Об арбитраже». § 25 Ny lag om skiljeförfarande. Regeringens proposition 1998/99:35. 12.11.1998. P. 229.

*исполнение обеспечительных мер. В некоторых случаях результат принятого решения для выигравшей стороны зависит от того, смогла ли такая сторона привести в исполнение обеспечительные меры арбитража»<sup>46</sup>. В итоговой редакции Типового закона ЮНСИТРАЛ 2006 г. предложены революционные новеллы, позволяющие исполнять постановления арбитражей по обеспечительным мерам через систему государственных судов<sup>47</sup>. Возможно, в будущем данные нововведения найдут свое отражение в законах об арбитраже разных стран.*

#### **10.4.2. Обеспечительные меры по Регламенту ТПС**

Статья 32 Регламента ТПС и идентичная ей ст. 32 Правил ускоренной арбитражной процедуры ТПС наделяют арбитра правом распорядиться о вынесении обеспечительных мер: *«Арбитр может по просьбе стороны разрешить любые обеспечительные меры, которые он посчитает целесообразными».*

Аналогично нормам ст. 25 Закона Швеции «Об арбитраже» Регламент ТПС допускает возможность обязать сторону, ходатайствующую об обеспечительных мерах, предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами.

Что касается формы, то арбитры вправе вынести решение об обеспечительных мерах в форме приказа или арбитражного решения.

#### **10.5. Обеспечительные меры шведских судов в поддержку арбитража**

Шведское законодательство и Регламент ТПС допускают, что сторона вправе на любой стадии арбитражного разбирательства обратиться в компетентный государственный суд с просьбой принять меры для обеспечения исковых требований и исполнения решения арбитража:

*«Действительное арбитражное соглашение не является препятствием для суда распорядиться о принятии обеспечительных мер в рамках своей компетенции до или во время проведения арбитражного разбирательства»<sup>48</sup>.*

*«Ходатайство об обеспечительных мерах, заявленное стороной в суде, не считается несовместимым с арбитражным соглашением или настоящим Регламентом»<sup>49</sup>.*

---

<sup>46</sup> §60 of the Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-second session (Vienna, 20–31 March 2000), UNCITRAL. A/CN.9/468. p. 15, at: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>47</sup> Статья 17Н Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

<sup>48</sup> Статья 4 (3) Закона «Об арбитраже».

<sup>49</sup> Статья 32 (5) Регламента ТПС.



Отличительной чертой судебных обеспечительных мер является их обязательная сила как для сторон спора, так и для третьих лиц. Например, суд вправе обязать третьи лица, не являющиеся сторонами арбитражного соглашения, дать показания по известным им обстоятельствам, имеющим значение для разрешения спора.

Судебные обеспечительные меры регулируются гл. 15 Процессуального кодекса Швеции 1942 г., измененного и дополненного в 1998 г. (далее – Кодекс)<sup>50</sup>. На территории Швеции компетенцией обладает Окружной суд по месту арбитража, приказы которого могут быть обжалованы в вышестоящие инстанции в течение трех недель с момента принятия судом решения об обеспечительных мерах. Помимо этого шведский суд вправе распорядиться об обеспечительных мерах в отношении арбитража, находящегося за пределами Швеции, если существует вероятность исполнения решения иностранного арбитража на территории Швеции.

Судебное производство по обеспечительным мерам возбуждается по письменному заявлению стороны арбитражного разбирательства, с оплатой пошлины в размере 450 шведских крон. При вынесении приказа по обеспечительным мерам суд учитывает обстоятельства дела и принимает меры только при условии срочности дела и неизбежности наступления вредных последствий.

В ст. 1 и 2 гл. 15 Кодекса устанавливается, что, если лицо, предъявившее или намеревающееся предъявить денежное или имущественное требование должнику, докажет суду наличие оснований для такого требования и при этом имеются основания опасаться того, что должник может скрыть или иным образом избавиться от имущества или денежных средств с целью уклонения от уплаты долга или исполнения обязательств, суд вправе вынести приказ об аресте такого имущества или денежных средств. То же самое относится к случаям, когда есть основания полагать, что должник предпримет действия, направленные на уменьшение стоимости имущества либо на воспрепятствование исполнению решения по существу. К таким судебным мерам относится запрет на совершение определенных действий должником.

При вынесении судебных обеспечительных мер допускается, что в исключительных случаях приказы могут быть вынесены *ex parte*, без заслушивания доводов должника. Если меры выносятся *ex parte*, то после их вынесения суд обязан незамедлительно уведомить должника, предоставив ему возможность изложить свою позицию по вопросу обеспечительных мер. После чего суд принимает решение о назначении нового судебного заседания, на котором будут заслушаны обе стороны. Приказы по обеспечительным мерам

---

<sup>50</sup> Процессуальный кодекс Швеции. Rättegångsbalk. SFS 1942:740, с изменениями и дополнениями Lag om ändring i rättegångsbalken, SFS 1998:605.

обязательны для сторон и могут быть принудительно исполнены через службу судебных исполнителей согласно Кодексу Швеции об исполнительном производстве<sup>51</sup>.

С целью защитить права должника суд, как правило, обязывает заявителя (истца) предоставить встречное обеспечение<sup>52</sup>. В случае если требования истца окажутся необоснованными и обеспечительными мерами будет нанесен вред ответчику, то последний сможет компенсировать его путем обращения взыскания на встречное обеспечение, предоставленное истцом. Это универсальное правило можно найти в большинстве правовых систем – в процессуальных кодексах судов и в арбитражных законах. Подобная норма устанавливается ст. 6 гл. 15 Кодекса и распространяет правило встречного обеспечения практически на все случаи обращения за обеспечительными мерами в государственные суды Швеции. Исключение может быть сделано судом лишь тогда, когда у истца есть разумные основания для получения испрашиваемых обеспечительных мер, однако нет финансовой возможности внести встречное обеспечение. Специальные нормы, определяющие содержание встречного обеспечения, устанавливаются Кодексом Швеции об исполнительном производстве, в ст. 25 гл. 2 которого говорится, что обеспечение предоставляется в форме поручительства (гарантии) или залога, которое хранится в службе судебных исполнителей<sup>53</sup>. При обращении взыскания на заложенное имущество служба судебных исполнителей организует аукцион, по результатам которого с вырученной суммы производится компенсация ответчику убытков.

Кодекс предоставляет истцу месячный срок с момента вынесения обеспечительной меры, в течение которого истец обязан начать разбирательство по существу. В противном случае обеспечительная мера автоматически прекращает свое действие.

---

<sup>51</sup> Кодекс Швеции «Об исполнительном производстве». Utsökningsbalk. SFS 1981:774.

<sup>52</sup> Статья 6 гл. 15 Процессуального кодекса Швеции. Rättegångsbalk. SFS 1942:740.

<sup>53</sup> Статья 25 гл. 2 Кодекса Швеции «Об исполнительном производстве». Utsökningsbalk SFS 1981:774.