

**Обеспечительные меры российских судов в поддержку
арбитража**

**(Доклад на симпозиуме Лондонского международного
третейского суда**

**“Важность российского участия в международном
коммерческом арбитраже”)**

Москва, 07.07.2005



**Юрий Монастырский
Управляющий Партнер**

1. Международный коммерческий арбитраж приобретает всё большее значение в качестве эффективного средства разрешения споров участников хозяйственной деятельности. Среди его преимуществ перед государственными судами обычно называют высокую квалификацию арбитров, менее сложную процедуру, большие возможности обеспечения конфиденциальности, самостоятельный выбор сторонами места проведения арбитража, языка разбирательства, и др. Однако арбитраж не свободен и от некоторых недостатков, главным из которых является отсутствие принудительной силы у его актов. Суды - ветвь государственной власти, в силу чего они обладают возможностью применения государственного принуждения. Арбитраж, будучи альтернативным способом разрешения споров, не наделён такими средствами. Обеспечительные меры государственных судов - институт, усиливающий эффективность арбитражного разбирательства.

Не во всех странах допускается обращение в государственный суд с заявлением о принятии обеспечительных мер в поддержку арбитража. При отсутствии в законодательстве такого положения суд расценит любое свое вмешательство как нарушение арбитражного соглашения. Соответствующие прецеденты имели место в некоторых штатах США, но это не стало общим правилом, и в настоящее время данный вопрос решается по-разному в зависимости от конкретного штата.

В тех странах, где с целью получения обеспечительных мер допускается обращение как в суд, так и в арбитраж, могут устанавливаться определённые условия и ограничения этого правила. Лицо, желающее получить обеспечительные меры, должно в первую очередь обратиться в арбитраж. И только исчерпав возможности получить обеспечение в арбитраже, сторона может обратиться в суд.

Страны, принявшие за основу при разработке собственных арбитражных законов Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (21 июня 1985 г.) признают право стороны обратиться с заявлением о принятии обеспечительных мер как в арбитраж, так и в государственный суд. При этом обращение в суд как до, так и во время арбитражного разбирательства не является несовместимым с арбитражным соглашением. Таких стран в настоящее время насчитывается более тридцати пяти, в их числе и РФ. Статьи Закона РФ “О международном коммерческом арбитраже”, посвящённые обеспечительным мерам, дословно воспроизводят соответствующие статьи Типового закона ЮНСИТРАЛ (ст. 9, 17 Закона РФ “О международном коммерческом арбитраже” и Типового закона ЮНСИТРАЛ).

Действие российского Закона “О международном коммерческом арбитраже” распространяется только на международные коммерческие арбитражи, находящиеся на территории РФ, за исключением четырёх статей (ст. 8, 9, 35, 36), которые применяются вне зависимости от места нахождения арбитража. В их числе и статья, наделяющая стороны возможностью обращения в суд с заявлением о принятии обеспечительных мер в поддержку арбитража (ст. 9). Это говорит об особом значении, которое придаёт данной возможности законодатель.

Несмотря на наличие соответствующих норм в Законе РФ “О международном коммерческом арбитраже”, принятом ещё в 1993 г., до недавнего времени, а именно – до вступления в силу нового АПК 2002 г., фактической возможности применить какие – либо обеспечительные меры в поддержку арбитража не было. Государственные суды отклоняли ходатайства об обеспечительных мерах со ссылкой на отсутствие корреспондирующих норм в АПК и ГПК, хотя вполне могли руководствоваться положениями Закона о коммерческом арбитраже.

Спецификой российского закона “О международном коммерческом арбитраже” является наличие у него двух приложений, имеющих силу закона: приложением 1 утверждено Положение о международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ, приложением 2 – Положение о Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ. Тем самым законодатель выделил особую роль, которую играли и продолжают играть в разрешении международных коммерческих споров эти старейшие и наиболее авторитетные арбитражные центры.

Согласно Положениям о МКАС (п. 6) и МАК (п. 4), их Председатели по делам, подлежащим рассмотрению в этих судах, вправе по просьбе стороны устанавливать размер и форму обеспечения требования. Указанные квазисудебные полномочия руководителей МКАС и МАК унаследованы из предшествующего индивидуального регулирования статусов этих третейских судов и являются уникальными. В отличие от полномочий, предоставленных ст. 17 Закона о МКАС составу арбитража - распорядиться о принятии стороной обеспечительных мер - постановления Председателя могут быть приняты до предъявления иска и обращены и к третьим лицам, а не только к сторонам спора. До принятия нового АПК существовала практика поддержки судами общей юрисдикции (в частности, Мосгорсудом) постановлений Председателя МКАС. В настоящее время АПК запрещает государственным судам приводить в исполнение иные решения арбитражей, кроме решений по существу спора. Едва ли при наличии такой нормы будет предоставлена поддержка постановлениям Председателей судов, которыми спор по существу не разрешается.

Итак, АПК РФ 2002 г. изменил подход к правовому регулированию обеспечительных мер. Согласно ч. 3 ст. 90 АПК, обеспечительные меры могут быть приняты арбитражным судом по заявлению стороны третейского разбирательства по месту нахождения третейского суда, либо по месту нахождения или месту жительства должника, либо месту нахождения имущества должника.

На практике возникает ряд вопросов, связанных с подачей заявления об обеспечении иска в поддержку международного коммерческого арбитража.

В соответствии с ч. 5 ст. 92 АПК, к заявлению стороны третейского разбирательства об обеспечении иска необходимо приложить *“копию искового заявления, принятого к рассмотрению третейским судом”*. При применении данной статьи следует учитывать разницу в понимании термина *“исковое заявление”*, существующую между российским законодательством и актами, регулирующими деятельность международных коммерческих арбитражей.

В Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ арбитражное разбирательство начинается подачей *искового заявления* (ст. 14 Регламента МКАС при ТПП РФ).

Регламент Лондонского международного третейского суда различает “*просьбу об арбитраже*” и собственно “*исковое заявление*”. Датой начала разбирательства считается дата получения секретарём суда “*просьбы об арбитраже*”. Просьба об арбитраже должна содержать “краткое изложение, описывающее сущность и предмет спора и конкретизирующее требования, предъявляемые истцом к другой стороне арбитражного разбирательства” (ст. 1.1 (с) Регламента ЛМТС). В исковом заявлении должны быть изложены “достаточно подробно фактические обстоятельства и любые правовые утверждения, на которые он опирается, исковые требования ко всем другим сторонам, если и поскольку они не изложены в просьбе об арбитраже”. Начать арбитражное производство путём подачи “*искового заявления*” в том смысле, в котором оно понимается в регламенте ЛМТС, видимо, будет затруднительным.

Аналогичные нормы, касающиеся “*искового заявления*” и “*просьбы об арбитраже*”, содержатся в Регламенте Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (ст. 5, 21).

Нередко стороны, в отношении которых было вынесено определение о принятии обеспечительных мер, пытаются обжаловать его на том основании, что в соответствующий арбитраж была подана “*просьба об арбитраже*”, а не “*исковое заявление*”, что якобы нарушает требование ч. 5 ст. 92 АПК. Однако “*исковое заявление*” в смысле ч. 5 ст. 92 АПК следует понимать в широком смысле, а именно – как письменный процессуальный документ, подачей которого начинается разбирательство в третейском суде, вне зависимости от названия данного документа, как оно именуется в регламенте данного арбитража.

2. В нашей работе нам часто приходится сталкиваться с необходимостью принятия обеспечительных мер в поддержку международного арбитража. Некоторые связанные с этим проблемные вопросы можно проиллюстрировать на примере избранного дела из практики Коллегии адвокатов “Монастырский, Зюба, Степанов и партнёры”.

К нам обратилась английская компания (далее – “Компания” или “Истец”), осуществляющая деятельность в сфере международной торговли нефтью и нефтепродуктами, с просьбой об оказании юридической помощи по иску, поданному Компанией в Лондонский международный третейский суд к подмосковному Закрытому акционерному обществу (далее – “ЗАО” или “Ответчик”) в связи с неисполнением ЗАО своих обязательств по договору об оказании услуг транспортной экспедиции и международной транспортировки сырой нефти и нефтепродуктов.

В период действия договора Компания передала Ответчику сырую нефть. Часть ее была отгружена ответчиком на танкеры в порту Новороссийск, другая, несмотря на инструкции Истца, не была передана. В дальнейшем Ответчик отказался выполнять инструкции Истца на погрузку нефти. В период рассмотрения спора нефть находилась на хранении на принадлежащей третьему лицу нефтебазе в Новороссийске.

Договор Истца и Ответчика содержал арбитражную оговорку, предусматривающую рассмотрение споров из данного Договора или вытекающих из него путём международного арбитража в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

Вопрос о необходимости применения обеспечительных мер возник практически сразу, так как ответчик намеревался отгрузить нефть третьим лицам. В случае ее отчуждения взыскать сумму компенсации с ответчика было невозможно в силу его фактической финансовой несостоятельности, поэтому основной задачей было сохранение нефти. Кроме того, один из пунктов договора ответчика с нефтебазой предусматривал право последней использовать нефть в зачет платы за хранение.

Для того, чтобы оперативно обеспечить защиту интересов Клиента, было принято решение обратиться с просьбой об обеспечительных мерах в поддержку Лондонского международного третейского суда в арбитражные суды России, а также подать иски в компетентные суды от других вовлечённых лиц в ожидании промежуточного решения Лондонского международного третейского суда об обеспечении иска.

С учётом норм ст. 90 АПК, заявление об обеспечении иска было подано как в Арбитражный суд Московской области (по месту нахождения должника), так и в Арбитражный суд Краснодарского края (по месту нахождения имущества). На тот момент ответчик ещё не пытался продать спорную нефть. Однако судебная практика исходит из того, что если предметом спора являются не денежные средства, а имущество, то даже простая возможность его отчуждения является основанием для принятия обеспечительных мер (п. 11 Обзора практики применения арбитражными судами мер по обеспечению исков по спорам, связанным с обращением ценных бумаг, Информационное письмо Президиума ВАС от 24.07.2003 г. № 72).

К заявлению были приложены копии документальных инструкций ответчика, подтверждающих его попытки отгрузить нефть. Заявление было удовлетворено, при этом суд прямо указал, что он, исследовав материалы дела, пришёл к выводу о том, что Ответчик пытается произвести отчуждение предмета спора.

Однако спустя некоторое время тот же суд по ходатайству ответчика отменил своё определение со ссылкой на ст. 97 АПК. В заявлении об отмене обеспечительных мер Ответчик указал, что нефть уже продана им третьему лицу и приложил передаточный акт, якобы это оформляющий.

По ст. 97 АПК меры должны отменяться в случае изменения обстоятельств, послуживших основанием для их принятия. Однако, если сохраняется угроза отчуждения Ответчиком предмета спора, обеспечительные меры отменяться не должны. Такой порядок применения ст. 97 АПК устанавливается п. 13, 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 07.07.2004 г. № 78 “Обзор практики применения судами предварительных обеспечительных мер”: “13. Предварительные обеспечительные меры могут быть отменены судом, рассматривающим дело, при отсутствии оснований для их применения в порядке, установленном ст. 97 АПК. 14. Суд отменяет обеспечительные меры, если основания их применения отпали”. Данный подход подтверждается и судебной практикой: “... суд вправе отменить обеспечение иска и до принятия судом указанного судебного акта в том, случае, если основания послужившие поводом обеспечения иска отпали” (Постановление ФАС Московского округа по делу № КГ-А40 / 5168 - 03).

В рассматриваемом случае суд установил наличие оснований для принятия обеспечительных мер, и к моменту рассмотрения заявления Ответчика эти основания не отпали. Более того, Ответчик сам подтвердил надлежащими доказательствами свои попытки незаконного отчуждения предмета спора.

Представленный ответчиком передаточный акт, по которому он якобы передал нефть третьему лицу, оцениваемый в совокупности, не мог считаться решающим доказательством, а скорее всего был сфальсифицирован, поскольку нефть хранилась не у Ответчика, а на нефтебазе, принадлежащей третьему лицу. Передаточный акт мог быть составлен лишь после отгрузки нефти на танкер и составления коносамента.

Все перечисленные выше аргументы были изложены нами в ходе рассмотрения судом ходатайства Ответчика. Тем не менее, обеспечительные меры были отменены тем же судом.

Истец повторно обратился в Суд Московской области с заявлением об обеспечении иска, рассматриваемого Лондонским международным третейским судом, к которому были приложены надлежащим образом заверенные копии документальных инструкций об отгрузке нефти Ответчиком. Однако к результату это не привело.

Тем временем Компанией было получено промежуточное решение Лондонского международного третейского суда, которым также предоставлялись обеспечительные меры. Такие акты третейских судов не могут быть приведены в исполнение в РФ. Промежуточное решение было необходимо для целей ареста судна на случай, если Ответчику всё же удастся отгрузить спорную нефть за границу.

Однако мы вновь обратились в Суд Московской области с заявлением о принятии обеспечительных мер, приложив к нему копию документальных инструкций Ответчика и Промежуточное решение Лондонского международного третейского суда. Наша цель была достигнута – суд принял обеспечительные меры. Как нам представляется, именно Промежуточное решение помогло убедить суд в необходимости принятия обеспечительных мер.

Судебная же практика в России такова, что даже при наличии оснований для применения обеспечительных мер в поддержку арбитража, суды далеко не всегда удовлетворяют соответствующие заявления. Судьи настороженно относятся к разбирательствам, проходящим в международных арбитражах, не всегда обладая достаточными знаниями или информацией об этих органах. Нередко приходится сталкиваться и с низкой эффективностью деятельности судебных приставов при исполнении ими определений об обеспечительных мерах.

3. Как уже было сказано, обеспечительные меры могут быть применены как государственным судом, так и самим арбитражем. Они оформляются путём принятия арбитражем различных актов: приказов (orders), судебных запретов (injunctions), промежуточных решений (interim awards) и др. Проблем не возникает, если сторона, в отношении которой вынесен такой акт, добровольно исполняет его. В противном случае встаёт вопрос о возможности (или невозможности) принудительного исполнения такого акта.

В настоящее время отсутствует единый подход к регулированию данной проблемы. Принятие обеспечительных мер в форме решений породило дискуссию о том, подлежат ли такие решения признанию и приведению в исполнение в соответствии с нормами Нью - Йоркской Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Вопрос осложняется тем, что сама Конвенция не содержит определения термина “решения” и не даёт чётких критериев, позволяющих установить, допустимо ли признание и приведение в исполнение того или иного решения в каждом конкретном случае.

Ставятся также вопросы о том, “связана ли суть таких арбитражных решений со спором между сторонами“, на который содержатся ссылки в Конвенции, “является ли арбитражное решение, содержащее временные меры, обязательным для сторон (binding)”? (*Альберт Ян ван ден Берг* Почему некоторые арбитражные решения не могут быть принудительно исполнены? // “Международный коммерческий арбитраж”, № 1 – 2, 2005).

Существует мнение, что разработчики Конвенции не имели намерения включить в сферу её действия промежуточные решения об обеспечительных мерах, поскольку такие решения не являются “окончательными” в строгом смысле слова, они не разрешают спор по существу и могут быть отменены арбитром до момента окончания спора и вынесения судебного решения.

Имеется и другая точка зрения, согласно которой промежуточные решения об обеспечительных мерах всё же подлежат признанию и приведению в исполнение согласно Нью – Йоркской Конвенции, если выполняются два условия:

- решение должно быть окончательным в том смысле, что оно не подлежит изменению в ходе дальнейшего третейского разбирательства до момента вынесения окончательного решения по делу;
- стороны должны уполномочить арбитра на принятие такого решения в арбитражном соглашении.

Насколько мы знаем, приведение в исполнение промежуточных решений на основании Нью - Йоркской Конвенции является скорее исключением, нежели правилом.

Определённые шаги по правовому урегулированию данного вопроса предпринимаются Комиссией ООН по праву международной торговли в рамках Рабочей группы по арбитражу. Данной группой разрабатывается проект положения о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, подлежащий включению в качестве новой статьи 17- bis в Типовой закон ЮНСИТРАЛ. Предлагается признать имеющими обязательную силу обеспечительные меры, предписываемые третейскими судами, и приводить их в исполнение на основании обращения в компетентный государственный суд, независимо от страны, в которой данная мера была предписана.

Мы уже упоминали, что в РФ признаются и приводятся в исполнение лишь окончательные решения международных коммерческих арбитражей, вынесенные по существу спора (ст. 241 АПК РФ). Согласно п. 26 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 07.07.2004 г. № 78, определения иностранных судов о применении обеспечительных мер (как предварительных, так и обеспечения иска) не подлежат признанию и принудительному исполнению на территории Российской Федерации, поскольку не являются окончательными судебными актами по существу спора, вынесенными в состязательных процессах. По мнению ВАС, обеспечительные меры принимаются в ускоренном порядке и на основании анализа сокращенного объема доказательств. Отказ в признании и приведении в исполнение указанного определения не исключает права заявителя на обращение в арбитражный суд РФ с ходатайством о применении обеспечительных мер.

Вместе с тем, ВАС указывает на необходимость учитывать обеспечительные меры, уже назначенные арбитражем и добровольно исполняемые стороной, при назначении обеспечительных мер судом. Суд может отказать в принятии обеспечительных мер по заявлению стороны третейского разбирательства, если сочтёт обеспечительные меры, ранее принятые третейским судом, достаточными и заявителем не представлено доказательств, что они не исполняются добровольно (п. 24 Информационного письма от 07.07.2004 г.)

На наш взгляд, появление в российском процессуальном законодательстве нормы, обязывающей суд приводить в исполнение акты международного коммерческого арбитража об обеспечительных мерах, способствовало бы как защите интересов добросовестных сторон, так и ускорению производства. Безусловно, приведение их в исполнение должно осуществляться с соответствующими ограничениями. В частности, суды должны отказывать в приведении в исполнение актов арбитража об обеспечительных мерах, во всяком случае, по тем же основаниям, по которым в настоящее время отказывают в приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражей по существу.