

Международная частноправовая практика юридической фирмы «Монастырский, Зюба, Семенов и Партнеры»*

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИНСТИТУТА ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ В ПРАВЕ РОССИИ. НЕЙТРАЛИЗАЦИЯ ДЕРОГАЦИОННОГО ЭФФЕКТА АРБИТРАЖНОЙ ОГОВОРКИ

*Д.Е. Ловырев**, А.И. Муранов****

Описываемое ниже многоаспектное судебное дело было охарактеризовано всеми, кто с ним столкнулся, — и практикующими юристами, и крупными специалистами в сфере права международной торговли и международного коммерческого арбитража, и судьями — как очень интересное и уникальное по его юридическому содержанию, а также по виртуозности и высокой степени мастерства, проявленной юристами, представлявшими каждую сторону. Дело, на наш взгляд, представляет собой яркую иллюстрацию еще и того, насколько эффективным может быть содействие стороннего юридического консультанта крупной производственной и сбытовой структуре, неожиданно столкнувшейся со сложными правовыми вопросами. Без преувеличения можно говорить и о том, что это дело заслуживает упоминания, в той или иной степени, в практических пособиях по вопросам судебного процесса и международного коммерческого арбитража.

* Международная юридическая фирма «ММЦП и К^о» уведомляет всех заинтересованных лиц о том, что ее официальное наименование было изменено, и на сегодняшний день она называется «Монастырский, Зюба, Семенов и Партнеры».

** Юрист фирмы, аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России.

*** Партнер фирмы, к.ю.н., доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России.

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

В конце февраля 1999 г. между российской коммерческой организацией с иностранными инвестициями — дочерней структурой одного из крупнейших иностранных производителей табачной продукции (являющегося клиентом международной юридической фирмы «Монастырский, Зюба, Семенов и Партнеры») — и ее российским контрагентом был заключен договор поставки табачных изделий (далее именуемый «Договор»). По условиям Договора указанная коммерческая организация (далее именуемая «Клиент») обязалась поставить своему контрагенту — компании, принадлежащей одному из самых серьезных российских дилеров табачной продукции, — в течение февраля — апреля 1999 г. партию табачных изделий общей стоимостью более 8 миллионов долларов США на условиях предоплаты. Договор подчинялся российскому материальному праву.

Следует особо отметить, что заключением Договора Клиент преследовал совершенно конкретную цель — скорейшее утверждение на российском табачном рынке. Этим были обусловлены, в частности, цена на товар по Договору, отличавшаяся от обычных оптовых цен почти в два раза в сторону уменьшения, а также предусмотренный Договором относительно небольшой срок для исполнения российским контрагентом (далее именуемым «Дилер») обязательства вывезти товар с расположенного в России склада Клиента — 30 апреля 1999 г. (позднее этот срок был продлен сторонами до 25 мая 1999 г.).

Впоследствии стороны внесли в Договор ряд изменений, важнейшее из которых предусматривало предоставление российскому контрагенту права выборки товара на сумму в 2,5 миллиона долларов США в дополнительно согласуемом Сторонами ассортименте с отсрочкой платежа за выбранный товар до 30 сентября 1999 г. Товар сверх указанной суммы Дилер был вправе, как и раньше, получать только на основании предоплаты.

К середине мая 1999 г. Дилер вывез со склада Клиента табачные изделия стоимостью около 2,4 миллиона долларов США (при этом изделия стоимостью в 1 миллион долларов США — на условиях предоплаты, а остальные — на условиях отсрочки платежа), то есть Дилер исполнил свое обязательство вывезти товар со склада Клиента даже менее чем на одну треть от изначально предусмотренного объема. Неисполнение Дилером своего обязательства было вы-

звано его неграмотной маркетинговой и торговой политикой, демпингом и, как следствие, резким обвалом цен. В итоге дальнейшее исполнение Договора, грубо нарушенного Дилером, стало для Клиента, с учетом преследовавшихся им при заключении этого Договора целей, невыгодным и лишенным смысла.

Ввиду истечения 30 сентября 1999 г. установленных Договором сроков оплаты предоставленного на условиях отсрочки платежа товара Клиент на основании п. 3 ст. 488 Гражданского кодекса России¹ потребовал от Дилера либо возврата неоплаченного товара, либо уплаты его полной стоимости. Данное требование Дилером было проигнорировано.

В подобных обстоятельствах вследствие существенного нарушения Дилером своих обязательств по Договору: отказа вывезти большую часть товара в срок, а также неоплаты выбранного товара — Клиент 19 октября 1999 г. направил Дилеру на основании соответствующих норм Гражданского кодекса России и условий Договора уведомление о расторжении последнего. Тем самым было прекращено материальное право Дилера требовать от Клиента дальнейшей поставки товара.

Одновременно ввиду исчерпания разумных средств внесудебного урегулирования спора Клиент принял решение об обращении с иском к Дилеру в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате России² (далее — МКАС) в соответствии с содержащейся в Договоре арбитражной оговоркой³.

¹ «В случае, когда покупатель, получивший товар, не исполняет обязанность по его оплате в установленный договором купли-продажи срок, продавец вправе потребовать оплаты переданного товара или возврата неоплаченных товаров».

² См. Закон России от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» и являющееся приложением к нему «Положение о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации» (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1993, № 32, ст. 1240).

³ «В случае возникновения споров в связи с настоящим Договором Стороны предпримут все меры, чтобы в течение 2 (двух) месяцев урегулировать возникшие разногласия путем переговоров.

При невозможности разрешения возникших разногласий путем двусторонних переговоров, их надлежит урегулировать посредством обращения в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-Промышленной Палате РФ» (стиль и орфография оригинала сохранены. — Авторы).

Однако к этому моменту ситуация для Клиента уже была осложнена: в сентябре 1999 г. Дилер сам обратился в МКАС с просьбой обеспечить его требование к Клиенту о принуждении последнего к исполнению Договора в натуре. При этом Дилер ссылался на неисполнение Клиентом двух его предыдущих заявок на сумму около 1,3 миллиона долларов США, поданных в начале июля 1999 г., а также на отказы Клиента предоставлять товар и отсутствие у последнего намерения исполнять Договор в пользу Дилера.

По поводу таких ссылок следует отметить, что Клиент при отказе акцептовать упомянутые заявки Дилера исходил до момента расторжения Договора из следующих обстоятельств:

истечение 25 мая 1999 г. установленного Договором срока для получения Дилером товара; а также

превышение указанных в заявках Дилера сумм (с учетом стоимости ранее выбранного им на условиях отсрочки платежа товара) согласованного Сторонами лимита в 2,5 миллиона долларов США, поскольку только в его пределах товар мог быть предоставлен без предоплаты; а также

отсутствие дополнительного согласования Сторонами ассортимента табачных изделий, получаемых Дилером на условиях коммерческого кредита.

Между тем 4 октября 1999 г. Председатель МКАС, исходя из п. 6 «Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации»⁴ и руководствуясь п. 6 § 1 Регламента МКАС⁵, удовлетворил указанное хода-

⁴ «По делам, подлежащим рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде, председатель Суда может по просьбе стороны установить размер и форму обеспечения требования».

⁵ «Председатель МКАС может по просьбе стороны установить размер и форму обеспечения требования по делам, подлежащим рассмотрению в МКАС. Решение о принятии обеспечительных мер в отношении предмета спора, рассматриваемого в МКАС, может быть принято в соответствии с настоящим Регламентом (§ 30) составом арбитража, сформированным по данному делу.

В случае, когда сторона обратилась в компетентный суд с ходатайством о принятии мер по обеспечению подлежащего рассмотрению или уже поданного в МКАС иска, а также когда судом вынесено определение о принятии таких мер, сторона должна без промедления информировать об этом МКАС» (Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. — М.: Торгово-промышленная палата Российской Федерации, 1995, с. 8).

тайство Дилера и своим Постановлением обязал Клиента предоставить Дилеру *«в течение 5 рабочих дней гарантию первоклассного банка, предусматривающую выплату суммы, которая будет определена МКАС»* по иску Дилера, но не более суммы в 6200789-50 долларов США (она была рассчитана самим Дилером). В Постановлении также говорилось, что если Клиент не предоставит Дилеру указанную гарантию, то должен быть наложен арест на товар, находящийся на складе Клиента и подлежащий поставке Дилеру по Договору. Далее в Постановлении указывалось, что меры обеспечения Дилер *«может принудительно осуществить путем заявления в компетентный суд ходатайства об обеспечении исполнения»* этого Постановления. Кроме того, в Постановлении предусматривалось, что в случае, если Дилеру будет отказано в иске об исполнении Договора в натуре, Дилер должен будет возместить Клиенту убытки, причиненные последнему мерами по обеспечению, и что Дилер должен представить в МКАС банковскую гарантию в пользу Клиента, *«обеспечивающую возмещение убытков в указанном случае»*. Наконец, в Постановлении говорилось о том, что оно теряет силу, если Дилер в течение одного месяца со дня принятия Постановления *«не предъявит в МКАС иск, относящийся к требованию, на которое распространяются меры обеспечения»*, предусмотренные в Постановлении (далее также именуемом «Постановление об обеспечении иска»).

Применительно к указанному Постановлению следует отметить два важных момента. Во-первых, это Постановление было принято Председателем МКАС в отсутствие предъявления Дилером иска в МКАС. Однако оно было принято им исходя из норм действующего законодательства, которые могут толковаться как предоставляющие Председателю МКАС право принимать подобные постановления и в отсутствие предъявленного в МКАС иска. Так, в п. 6 «Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации» (*«По делам, подлежащим рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде, председатель Суда может по просьбе стороны установить размер и форму обеспечения требования»*) слова *«подлежащим рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде»* могут быть истолкованы как указывающие на возможность подачи Председателю МКАС ходатайства об обеспечительных мерах и в отсутствие предъявления иска (или же после предъявления иска, но до момента формирования состава арбитража), хотя нельзя не признать, что указание на такую возможность могло быть выражено

законодателем более четко. Соответственно, в Регламенте МКАС, утвержденном Торгово-промышленной палатой России во исполнение Закона России от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже», приведенный пункт был истолкован именно указанным образом: так, п. 1 § 18 этого Регламента предусматривает, что *«При подаче искового заявления или ходатайства об обеспечении требования истец обязан уплатить регистрационный сбор. До уплаты регистрационного сбора иск или ходатайство не считается поданным»* (выделение наше. — Авторы). В указанной особенности состоит одно из серьезных отличий разбирательства в международном коммерческом арбитраже от разбирательства в государственных судах (арбитражных и общей юрисдикции), в которых требование об обеспечении может быть заявлено только вместе с иском или после его предъявления. Анализ плюсов и минусов каждого из таких подходов выходит за рамки настоящей статьи.

Во-вторых, Постановление об обеспечении иска было принято только на основании информации, предоставленной Дилером, и без запрашивания позиции Клиента, который вообще не был извещен о рассмотрении ходатайства Дилера (хотя такая возможность существовала, тем более учитывая то, что Дилер не мог не исказить сведения о действительном положении вещей в свою пользу), и, что еще более существенно, — без необходимого анализа положений Договора, регламентирующего права и обязанности Клиента и Дилера.

Впоследствии Постановление об обеспечении иска использовалось Дилером как инструмент давления на Клиента с целью добиться списания задолженности Дилера и выплаты последнему значительной компенсации за якобы имевшее место нарушение Договора со стороны Клиента.

Поскольку Клиент банковскую гарантию Дилеру не представил, Дилер приступил к принудительному исполнению Постановления об обеспечении иска через суд общей юрисдикции, и Замоскворецкий межмуниципальный суд г. Москвы своим определением от 14 октября 1999 г. постановил выдать на это Постановление исполнительный лист. В таком исполнительном листе содержалась формулировка, допускающая обращение взыскания Дилером на *любой* товар, находящийся на *любом* складе Клиента, что могло весьма негативно сказаться на деятельности Клиента, вызвать затаривание его складов и сорвать выполнение его обязательств перед другими лицами.

18 ноября 1999 г. упомянутое определение Замоскворецкого суда было отменено по протесту постановлением Президиума Мос-

ковского городского суда ввиду того, что оно было вынесено в отсутствие Клиента, не извещенного надлежащим образом о судебном заседании, а также ввиду того, что оно, по мнению Президиума, было вынесено в нарушение правил подсудности, установленных Законом России от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже». Президиум Московского городского суда указал: «...ст. 6 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» предусматривает органы для выполнения определенных функций содействия и контроля в отношении арбитража. В частности, к таким органам относятся Верховный Суд республики в составе Российской Федерации, краевые, областные, городские суды, суды автономной области и суды автономного округа. Вместе с тем, межмуниципальные суды общей юрисдикции к таким органам не относятся, в связи с чем данное дело подсудно Московскому городскому суду».

Однако уже 22 ноября 1999 г. Дилеру удалось добиться через Судебную коллегия по гражданским делам Московского городского суда приведения Постановления об обеспечении иска в исполнение и выдачи нового исполнительного листа против Клиента, повторявшего формулировку Постановления об обеспечении иска. Последнее продолжало действовать, поскольку Дилер к этому моменту уже предъявил в МКАС иск к Клиенту. Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда в своем определении исходила именно из того толкования п. 6 «Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации», которое было приведено выше, решив, что Постановление об обеспечении иска принято Председателем МКАС в соответствии с его компетенцией и что он имел право распоряжаться о мерах по обеспечению в условиях, когда иск в МКАС со стороны Дилера еще не был предъявлен. Судебная коллегия также отвергла довод Клиента о том, что Постановление об обеспечении иска не подлежит принудительному исполнению, указав, что Закон России от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» не запрещает обращение в судебные органы по вопросу принудительного приведения в исполнение постановления об обеспечении иска, если должник добровольно его не исполняет и не представляет банковскую гарантию. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда России с данным определением согласилась и частную жалобу Клиента на него отклонила.

В итоге Клиент оказался в очень серьезной ситуации. Ее затруднительность, если не сказать больше, была обусловлена несколькими факторами.

1. Пробелы в российском законодательстве. Узкий круг оснований для противодействия приведению Постановления об обеспечении иска в исполнение или для его отмены через суд общей юрисдикции.

Российское законодательство никак нельзя считать уделяющим хотя бы минимальное внимание сложнейшим проблемам в отношении обеспечительных мер, принимаемых международным коммерческим арбитражем. Наличие в нем серьезных пробелов часто существенно затрудняет работу государственных судов, не имеющих солидной подготовки в этой сфере, и не позволяет им эффективно противостоять не всегда корректным действиям, аналогичным тем, к которым прибегал в рассматриваемом деле Дилер. Крайне слабо проблемы, связанные с обеспечительными мерами в международном коммерческом арбитраже, освещаются и в российской доктрине⁶.

Применительно к описанной выше процедуре приведения Постановления об обеспечении иска в исполнение следует также отметить следующий очень существенный момент: и Московский городской суд, и Верховный Суд России ограничились рассмотрением процессуальных аспектов вынесения и действия Постановления об обеспечении иска (компетенции и объеме полномочий Председателя МКАС, процедуры приведения в исполнение этого Постановления) и не стали хотя бы в какой-то степени рассматривать вопрос о том, имелись ли *prima facie* доказательства того, что Дилер действительно обладал такими правами требования к Клиенту, которые позволили бы ему добиться вынесения в МКАС решения в его пользу. Если бы суды рассмотрели этот аспект, обратившись к содержанию Договора и прислушавшись к доводам Клиента о том, что он не несет никаких обязательств перед Дилером, то вполне возможно, что Постановление об обеспечении иска не было бы приведено в исполнение.

Отказ судов от анализа обстоятельств дела и прав Дилера объясняется тем, что они пошли по пути фактического приравнивания

⁶ Одной из немногих новых серьезных работ является статья Лебедева С.Н. «Международный коммерческий арбитраж и обеспечительные меры» (Московский журнал международного права, 1999, № 1, с. 60-68).

Постановления об обеспечении иска к арбитражным решениям, выносимым арбитражем, сформированным по конкретному делу, и именно это значительно затруднило противодействие приведению этого Постановления в исполнение. Дело в том, что п. 1 ст. 36 Закона России от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»⁷ устанавливает исчерпывающий круг оснований для отказа в приведении в исполнение арбитражных решений, причем все они связаны либо с аспектами действия арбитражного соглашения, либо с процессуальными моментами, и лишь одно такое основание относится к вопросам существа, а именно указание на противоречие публичному порядку. Попутно отметим, что факт при-

⁷ «В признании или приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано лишь:

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

одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, была в какой-либо мере недееспособна; или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания -- по закону страны, где решение было вынесено; или

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

решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, 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

состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или в отсутствие такового не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж; или решение еще не стало обязательным для сторон, или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в которой или в соответствии с законом которой оно было вынесено; либо

2) если суд найдет, что:

объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации; или

признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации».

ведения Московским городским судом Постановления об обеспечении иска в исполнение еще раз доказывает то обстоятельство, что компетентным судом, только упомянутым в ст. 36 Закона России от 7 июля 1993 г. № 5338-І «О международном коммерческом арбитраже», для приведения в исполнение решения международного коммерческого арбитража является суд общей юрисдикции, а именно Верховный Суд республики в составе России, краевой, областной, городской суды, суд автономной области и суд автономного округа по месту такого арбитража, а вовсе не государственный арбитражный суд⁸.

Возвращаясь к анализируемому делу, укажем, что доказать недействительность арбитражной оговорки в Договоре либо ввиду недееспособности стороны, либо же по иной причине было невозможно: стороны в нем являлись дееспособными, а арбитражная оговорка действительной. Аргумент о противоречии публичному порядку России приведения в исполнение Постановления об обеспечении иска также не выдерживал никакой критики. Наконец, процессуальные моменты вынесения Постановления были соблюдены, на что и указали Московский городской суд и Верховный Суд России.

Что же касается оснований требовать отмены Постановления об обеспечении иска, то они являлись идентичными основаниям для отказа в приведении Постановления в исполнение: п. 2 ст. 34 Закона России от 7 июля 1993 г. № 5338-І «О международном коммерческом арбитраже»⁹ по смыслу идентичен п. 1 ст. 36 этого же Закона

⁸ Муранов А. И. Проблема определения суда, компетентного рассматривать вопрос о приведении в исполнение в Российской Федерации иностранных решений по коммерческим спорам. //Московский журнал международного права//, 2000, № 1, с. 316-380.

⁹ «Арбитражное решение может быть отменено судом, указанным в пункте 2 статьи 6, лишь в случае, если:

1) сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства того, что:

одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, была в какой-то мере недееспособна, или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону Российской Федерации; или

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

решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по во-

(отметим только любопытное различие в указании на основание, связанное с противоречием публичному порядку).

Само собой разумеется, Клиент отдельно пытался добиться отмены Постановления об обеспечении иска, однако безуспешно. Московский городской суд сначала своим определением отказал в принятии ходатайства Клиента о такой отмене, сославшись на то, что согласно статьям 16 и 34 Закона России от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» оспариваться в суде могут лишь арбитражные решения и постановления арбитража о наличии у него компетенции. Однако Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда России такое определение отменила и передала дело на рассмотрение в Московский городской суд, указав, что последний не учел положения Конституции России о праве на судебную защиту и об охране всех форм собственности. Тем не менее, рассмотрев по существу ходатайство Клиента об отмене Постановления об обеспечении иска, Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда определила в его удовлетворении отказать. Верховный Суд России с данным определением согласился.

Доводы, использованные Судебной коллегией по гражданским делам Московского городского суда, достаточно интересны, однако выходят за рамки настоящей статьи и должны составить предмет отдельного исследования, посвященного порядку приведения в исполнение принимаемых международным коммерческим арбитражем постановлений об обеспечительных мерах. Однако нельзя не привести следующее заявление суда: «Ссылки заявителя на то, что он не был

просам, 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

состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступить, либо в отсутствие такого соглашения не соответствовали настоящему Закону, либо

2) суд определит, что:

объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации; или
арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации».

извещен о рассмотрении ходатайства, не были запрошены его объяснения, не являются основанием к отмене постановления, поскольку ни закон, ни Регламент не предусматривают такой процедуры». Не входя в глубокое обсуждение данного тезиса, отметим лишь, что основанная на молчании закона аргументация далеко не бесспорна и лукава, тем более если вспомнить то, что та же самая Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда ранее указала, что молчание Закона России от 7 июля 1993 г. № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже» не влияет на право Дилера требовать приведения в исполнение Постановления об обеспечении иска: в каждом из этих двух случаев ссылка на молчание закона использовалась не единообразно, а так, как это считал нужным суд¹⁰. О приведенном аргументе суда нельзя не сказать и того, что в данном случае речь шла не о государственном, а о третейском суде, обладающем специфической природой и черпающем свои полномочия именно из соглашения сторон, что может рассматриваться как указание на необходимость учета позиции той стороны, против которой обеспечительные меры могут быть направлены. Добавим также, что Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда при рассмотрении ходатайства Клиента об отмене Постановления об обеспечении иска также ограничилась проверкой соблюдения процессуальных моментов при вынесении этого Постановления, не рассматривая вопрос о наличии или отсутствии у Дилера прав требования к Клиенту. Это еще раз доказывает то, что российские государственные суды пошли по пути приравнивания по-

¹⁰ Вообще говоря, российские суды очень часто ссылаются на молчание закона как один из решающих аргументов. При этом в одной ситуации такое молчание расценивается ими как допущение возможности чего-либо, а в другом — как недопущение возможности чего-либо. Нельзя не признать, что предпочтением того или иного подхода часто зависит от конъюнктуры и заранее избранной судом позиции. Учитывая наличие в российском праве огромного количества пробелов, следует придти к выводу о том, что подобная достаточно беспринципная практика весьма вредна. Ссылки на молчание закона, безусловно, могут использоваться, однако с большой осторожностью, и при этом надлежит следовать определенным правилам толкования закона, а также учитывать природу соответствующих правоотношений. Кроме того, указание на молчание закона может быть решающим аргументом достаточно редко, причем, скорее, только в публично-правовых сферах, например, в уголовном или административном праве, но никак не в сфере частного права или связанных с ним областях: в них как раз и следует заполнять законодательные пробелы, отыскивая или формулируя надлежащее субстантивное регулирование.

становлений международного коммерческого арбитража об обеспечительных мерах к арбитражным решениям, оспорить которые достаточно трудно. Вряд ли такой однозначный подход можно признать удачным (однако, его критика уже выходит за пределы проблематики настоящей статьи). Тем не менее, в связи с этим использованным судами подходом нельзя не сказать о том, что в таких условиях все становится зависящим от того лица или лиц в сфере международного коммерческого арбитража, которые выносят постановления об обеспечительных мерах: они должны проявлять особую тщательность и осторожность, распоряжаясь о таких мерах. Безусловно, они не должны предрешать исход рассмотрения дела, однако, по меньшей мере, они должны действовать на основании таких доказательств о правах требования к должнику, которые хотя бы *prima facie* свидетельствуют об обоснованности реально существующих прав кредитора и необходимости их защиты обеспечительными мерами. Кроме того, им не следует во всех случаях считать, что затребование объяснений от должника, против которого подается ходатайство об обеспечительных мерах, не является необходимым. Если они не будут действовать таким обдуманым и тщательным образом, то дальнейшее обращение должника за защитой своих прав к российским государственным судам в пока существующих в России реалиях может оказаться во многом бесполезным: используя указанный выше подход, эти суды просто сознательно самоустранились от выполнения той работы, которая должна была быть сделана еще при вынесении постановлений об обеспечительных мерах, предпочитая переложить ответственность на тех лиц, которые их выносили.

2. Отказ Председателя МКАС отменить Постановление об обеспечении иска. Умышленное бездействие Дилера, препятствовавшее отмене этого Постановления составом арбитража по делу.

У Клиента имелось и другое средство добиться отмены Постановления об обеспечении иска: обращение с соответствующей просьбой к Председателю МКАС, вынесшему это Постановление. Клиент полагал, что в данном случае безусловно действует принцип, сформулированный еще в Древнем Риме: *Qui habet jurisdictionem ligandi, habet jurisdictionem absolvendi* — *Тот, кто имеет полномочие связать (обязательством), имеет полномочие и освободить (от обязательства)*. Клиент считал, что если он представит Председа-

лю МКАС соответствующие доказательства того, что Дилер сам нарушил свои обязательства по Договору, что у него отсутствует материальное право требования к Клиенту и что он сообщил МКАС неточную информацию, то Постановление об обеспечении иска будет отменено и, соответственно, утратит силу исполнительный лист, выданный Московским городским судом.

Однако Председатель МКАС аргументы Клиента не рассмотрел, а секретариат МКАС устно¹¹ сообщил Клиенту, что отмена Постановления об обеспечении иска самим Председателем МКАС невозможна, поскольку Регламент МКАС соответствующей процедуры не предусматривает. В то же время было указано, что это Постановление может быть отменено только составом арбитража, сформированным для рассмотрения иска Дилера к Клиенту.

Такую позицию вряд ли можно признать правильной. Во-первых, она противоречит тому приведенному выше принципу, о котором знали еще в Древнем Риме и который не может имплицитно не содержаться в п. 6 «Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации». Во-вторых, ссылка на молчание закона, как уже говорилось выше, является достаточно спорным доводом и уж никак не должна использоваться в качестве решающего аргумента в сфере международного коммерческого арбитража. Более того, Регламент МКАС, хотя он и был утвержден Торгово-промышленной палатой России на основании указания Закона России от 7 июля 1993 г. № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже», силой закона все же не обладает. В-третьих, из п. 6 «Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации» и п. 6 § 1 Регламента МКАС вовсе не следовало то, что Постановление об обеспечении иска могло быть отменено исключительно составом арбитража, сформированным для рассмотрения иска Дилера к Клиенту¹². В п. 6

¹¹ В представлении письменного ответа было отказано.

¹² Приведем их еще раз: «По делам, подлежащим рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде, председатель Суда может по просьбе стороны установить размер и форму обеспечения требования»; «Председатель МКАС может по просьбе стороны установить размер и форму обеспечения требования по делам, подлежащим рассмотрению в МКАС. Решение о принятии обеспечительных мер в отношении предмета спора, рассматриваемого в МКАС, может быть принято в соответствии с

§1 Регламента МКАС говорится только о том, что состав арбитража наряду с Председателем МКАС обладает полномочиями принять решение об обеспечительных мерах. Наличие исключительных полномочий отменять постановления об обеспечении иска только у состава арбитража не могло быть выведено и из § 30 Регламента МКАС¹³. Безусловно, состав арбитража может отменять постановления об обеспечении иска, принятые Председателем МКАС, но вопрос стоит иначе: принадлежит ли такая компетенция исключительно ему, или же отменять постановления может и сам Председатель МКАС? В-четвертых, нельзя не сослаться и на практику Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате России, которая также является международным коммерческим арбитражем и которой равным образом посвящено отдельное Приложение к Закону России от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»: ее Председатель также обладает правом распоряжаться об обеспечительных мерах, однако он сам же их и отменяет. При этом прямого указания на то, что у него имеется такое полномочие, также нигде не содержится. Тем не менее, никто не сомневается в наличии у него такого полномочия и совершенно справедливо: оно логично и с необходимостью следует хотя бы из того, о чем уже сказано выше.

Будучи поставленным в такие неблагоприятные для него условия, Клиент был готов просить состав арбитража отменить Постановление об обеспечении иска, однако проблема состояла в том, что такой состав арбитража отсутствовал. Дело в том, что согласно п. 2 § 18 Регламента МКАС *«по каждому поданному иску истец обязан уплатить авансом арбитражный сбор... До уплаты аванса арбитражного сбора арбитражное разбирательство по поданному*

настоящим Регламентом (§ 30) составом арбитража, сформированным по данному делу.

В случае, когда сторона обратилась в компетентный суд с ходатайством о принятии мер по обеспечению подлежащего рассмотрению или уже поданного в МКАС иска, а также когда судом вынесено определение о принятии таких мер, сторона должна без промедления информировать об этом МКАС».

¹³ «1. По просьбе любой из сторон состав арбитража может распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он сочтет необходимыми. Он может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами.

2. Такого рода обеспечительные меры могут приниматься составом арбитража в форме промежуточного решения».

ражного сбора арбитражное разбирательство по поданному иску не ведется, и дело остается без движения». По сложившейся в МКАС практике до момента уплаты арбитражного сбора **состав арбитража не формируется**, хотя иск считается поданным уже в день вручения иска МКАС или в день проставления штампа почтового ведомства места отправления (п. 2 § 14 Регламента МКАС), правда, при условии уплаты регистрационного сбора за рассмотрение дела в МКАС.

Указанный нюанс в процедуре разбирательства в МКАС был весьма умело использован Дилером: он просто-напросто уплатил регистрационный сбор в размере 500 долларов США и направил в МКАС исковое заявление, не намереваясь уплачивать арбитражный сбор (который составлял сумму, превышающую 30 000 долларов США) и не имея в действительности никакого стремления доводить дело до реального арбитражного разбирательства. В такой ситуации возможность формирования состава арбитража и отмены им Постановления об обеспечении иска зависела исключительно от Дилера, а не Клиента, который в результате действий Дилера оказался в принципе отстраненным от возможности как-то влиять на ситуацию с арбитрами. Дальнейшее развитие событий только доказало отсутствие у Дилера стремления провести реальное арбитражное разбирательство: в течение 6 месяцев он так и не оплатил авансом арбитражный сбор, и только после этого Председатель МКАС 7 июня 2000 г. вынес постановление о прекращении производства по делу и об отмене Постановления об обеспечении иска. Однако к этому моменту такая отмена Постановления уже не была для Клиента актуальной: при помощи своего представителя — международной юридической фирмы «Монастырский, Зюба, Семенов и Партнеры» (далее также именуемой «Юридический консультант») он нашел эффективный выход из сложнейшей для него юридической ситуации.

Учитывая все описанные выше обстоятельства, нельзя не признать, что МКАС в данном конкретном случае был сознательно использован Дилером как не более чем инструмент оказания давления на Клиента и источник получения документа, на основании которого было возбуждено исполнительное производство против Клиента. При этом МКАС оказался связанным своим Регламентом: в принципе вытекающее из последнего достаточно безобидное условие об уплате истцом арбитражного сбора в течение 6 месяцев в условиях наличия Постановления об обеспечении иска превратилось в руках Дилера в весьма мощное средство шантажа Клиента. Таким образом,

во избежание повторения подобных ситуаций впредь следовало бы внести в Регламент МКАС соответствующие изменения.

Нельзя не упомянуть и еще об одном недобросовестном действии Дилера. Выше уже упоминалось, что Постановление об обеспечении иска предусматривало, что в случае, если Дилеру будет отказано в иске об исполнении Договора в натуре, Дилер должен будет возместить Клиенту убытки, причиненные последнему мерами по обеспечению, и что Дилер для этого должен представить в МКАС банковскую гарантию в пользу Клиента, *«обеспечивающую возмещение убытков в указанном случае»*. Дилер такую гарантию, якобы обеспечивающую возмещение убытков Клиента, в МКАС представил. Однако она была сформулирована таким образом, что ее условия в принципе не позволили бы Клиенту получить по ней платеж. К сожалению, Постановление об обеспечении иска не устанавливало для Дилера четкие требования в отношении формулировок гарантии и ее действительности и не связывало действие Постановления с представлением Дилером такой гарантии, которая могла бы реально защищать права Клиента, хотя наличие подобных условий в Постановлении могло бы воспрепятствовать недобросовестным действиям Дилера. В итоге Дилер формально выполнил условие Постановления об обеспечении иска применительно к предоставлению гарантии, и Постановление продолжало обладать силой.

3. Затянутость арбитражного разбирательства в МКАС, вызванная сознательными действиями Дилера.

Тем не менее, у Клиента оставалась еще одна возможность убедить Председателя МКАС или государственные судебные органы отменить Постановление об обеспечении иска: добиться вынесения решения, которым было бы подтверждено нарушение Дилером Договора и отсутствие у него прав требования к Клиенту. Компетентным вынести такое решение являлся только МКАС согласно содержащейся в Договоре арбитражной оговорке. Для этого в октябре 1999 г. Клиент обратился в МКАС с иском к Дилеру, выдвинув соответствующие требования.

В ходе начатого арбитражного разбирательства Клиент столкнулся, однако, со следующими реальными сложностями:

1) невозможность быстрого уведомления МКАС Дилера по единственному последнему известному Клиенту адресу Дилера, ука-

занному в учредительных документах последнего: посылаемые по нему письма возвращались почтой с указанием на то, что адресат отсутствует. Соответственно, МКАС требовал от Клиента уточнения адреса Дилера, а сделать это Клиент не мог. Правда, Клиенту был известен адрес юридической фирмы — представителя Дилера, однако направление ей со стороны МКАС уведомлений (о предъявлении к Дилеру иска, о формировании состава арбитража и о проведении арбитражного разбирательства) было сопряжено с риском того, что на стадии исполнения арбитражного решения в пользу Клиента государственный суд мог решить, что именно сам Дилер должным образом не был уведомлен, а это привело бы к отказу в приведении арбитражного решения в исполнение. Имело значение и то соображение, что Дилер мог заявить государственному суду на стадии исполнения о том, что он к моменту разбирательства дела в МКАС уже отозвал от своего представителя поручение представлять его интересы: ранее предпринимавшиеся Дилером действия с большой долей вероятности позволяли такого от него ожидать. И хотя, согласно ст. 3 Закона России от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»¹⁴, Клиент мог в конечном итоге требовать того, чтобы МКАС счел достаточным факт направления уведомлений по единственному последнему известному Клиенту адресу Дилера, и МКАС мог с этим согласиться, это все-таки не устраняло отмеченный выше риск, могущий возникнуть на стадии исполнения арбитражного решения;

2) длительность процедуры назначения арбитров при бездействии Дилера. П. 3 §19 Регламента МКАС предоставлял Дилеру для выбора арбитра 30 дней со дня получения копии искового заявления (а доставить ему такую копию оказалось проблематичным). В свою

¹⁴ «1. 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; когда таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено по последнему известному местонахождению коммерческого предприятия, постоянному местожительству или почтовому адресу адресата заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения; сообщение считается полученным в день такой доставки.

2. Положения настоящей статьи не применяются к сообщениям в ходе производства в судах».

очередь, п. 2 §20 Регламента МКАС, предусматривая обязанность Председателя МКАС назначить арбитра за ответчика, не устанавливает срока назначения. Также имелся и ряд других причин, которые затягивали формирование состава арбитража и назначение даты арбитражного разбирательства.

В результате всего этого первое заседание МКАС по иску Клиента к Дилеру состоялось лишь в конце июня 2000 г., хотя исковое заявление и приложения к нему были, благодаря усилиям Клиента, переданы представителю Дилера на руки еще в феврале 2000 г.

3) длительность подготовки мотивированного арбитражного решения: иногда подготовка такого решения занимает более месяца;

4) необходимость последующего приведения решения в исполнение через государственный суд, равно как и некоторые связанные с этим проблемы, которыми опять-таки мог воспользоваться Дилер.

Соответственно, тезис об относительно быстром рассмотрении споров при помощи международного коммерческого арбитража¹⁵ является в большой степени мифом, особенно в российских условиях, в котором уже давно разуверились многие из тех, кто столкнулся с международным коммерческим арбитражем. Правда, это беда не самого международного коммерческого арбитража как института чрезвычайно полезного и обладающего к тому же массой других плюсов, а следствие недобросовестности одной из сторон разбирательства, а также результат нередко имеющей место слабой заинтересованности организаторов арбитражного разбирательства в скорейшем его завершении.

В иных обстоятельствах все указанные трудности, возможно, не смущали бы Клиента, однако сложность ситуации, тем более сопровождаемая действием обеспечительных мер в пользу Дилера, заставляла искать также и иные пути предъявления Клиентом требований к Дилеру. Максимально эффективной представлялась следующая последовательность действий:

1) обращение с иском к Дилеру в государственный арбитражный суд, что предоставляло возможность быстрее добиться нужного результата ввиду того, что требования Клиента к Дилеру не могли быть оспорены Дилером по существу: стоимость товара, выбранного по Договору в кредит, он так и не оплатил, равно как и допустил другие существенные нарушения Договора;

¹⁵ Международное частное право. Учебник (Под ред. Г.К. Дмитриевой). М.: Проспект, 2000, с. 593.

2) последующее инициирование на основе вынесенного государственным арбитражным судом решения процедуры банкротства Дилера — юридического лица, в действительности не располагавшего реальными активами и использовавшегося его «родительской» структурой для вымогательства денег у Клиента.

Разбирательство дела в государственном арбитражном суде предоставляло Клиенту следующие преимущества:

1) признание надлежащим уведомлением Дилера о судебном разбирательстве направления извещения по последнему известному Клиенту адресу Дилера, указанному в его учредительных документах¹⁶;

2) более быстрое вступление в силу решения государственного арбитражного суда и автоматическую выдачу исполнительного листа на основании такого решения.

Однако при обращении в государственный арбитражный суд Клиент должен был столкнуться с практически непреодолимым препятствием — дерогационным эффектом оговорки о передаче споров из Договора на рассмотрение третейского суда, ведущим, по общему правилу, к признанию государственным арбитражным судом себя некомпетентным рассматривать спор. Так, в силу п. 2 ст. 87 Арбитражного процессуального кодекса России *«Арбитражный суд оставляет иск без рассмотрения: ... 2) если имеется соглашение лиц, участвующих в деле, о передаче данного спора на разрешение третейского суда и возможность обращения к тре-*

¹⁶ Дело в том, что Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 31 октября 1996 г. № 13 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции» в п. 11 предусматривает: *«В соответствии со статьей 113 АПК лица, участвующие в деле, извещаются о месте и времени судебного разбирательства определением, которое направляется им заказным письмом с уведомлением о вручении».*

Лица, участвующие в деле, считаются извещенными, если определение направлено по почтовому адресу, указанному в исковом заявлении в соответствии с местонахождением, предусмотренным в учредительных документах. Если определение не вручено вследствие выбытия адресата, то в соответствии со статьей 111 АПК оно считается доставленным. Если же определение не вручено ответчику и возвращено с отметкой органа связи на уведомлении о вручении об отсутствии ответчика по указанному адресу, а из материалов дела не усматривается местонахождение адресата, судья предлагает истцу представить документально подтвержденные данные о месте нахождения ответчика» (Библиотечка «Российской газеты», вып. № 9, 2000).

тейскому суду не утрачена и если ответчик, возражающий против рассмотрения дела в арбитражном суде, не позднее своего первого заявления по существу спора заявит ходатайство о передаче спора на разрешение третейского суда». У Клиента не было сомнений в том, что в государственном арбитражном суде Дилер заявил бы ходатайство о передаче спора на разрешение третейского суда, каковым является МКАС.

Таким образом, исход спора и устранение причинявших значительные убытки помех в деятельности Клиента, созданных Дилером, зависели от успешного решения проблемы нейтрализации дерогационного эффекта содержащейся в Договоре арбитражной оговорки о компетенции МКАС.

Анализ вариантов нейтрализации дерогационного эффекта арбитражной оговорки

Прежде всего, следовало выяснить вопрос об установленных гражданским законодательством и Договором способах правовой защиты интересов Клиента как продавца, передавшего товар на условиях отсрочки платежа, помимо истребования убытков.

Изучение ГК России показало, что интересы Клиента в соответствии с его ст. 488¹⁷ могут быть защищены тремя способами:

¹⁷ «1. В случае, когда договором купли-продажи предусмотрена оплата товара через определенное время после его передачи покупателю (продажа товара в кредит), покупатель должен произвести оплату в срок, предусмотренный договором, а если такой срок договором не предусмотрен, в срок, определенный в соответствии со статьей 314 настоящего Кодекса.

2. В случае неисполнения продавцом обязанности по передаче товара применяются правила, предусмотренные статьей 328 настоящего Кодекса.

3. В случае, когда покупатель, получивший товар, не исполняет обязанность по его оплате в установленный договором купли-продажи срок, продавец вправе потребовать оплаты переданного товара или возврата неоплаченных товаров.

4. В случае, когда покупатель не исполняет обязанность по оплате переданного товара в установленный договором срок и иное не предусмотрено настоящим Кодексом или договором купли-продажи, на просроченную сумму подлежат уплате проценты в соответствии со статьей 395 настоящего Кодекса со дня, когда по договору товар должен был быть оплачен, до дня оплаты товара покупателем.

1) заявлением требования о возврате Дилером проданного Клиентом товара на основании п. 3 ст. 488 ГК России. Речь в данном случае шла бы о реституции и возврате Клиента и Дилера в исходное положение, в котором они находились до начала исполнения Договора;

2) заявлением требования об оплате товара, проданного Дилеру на условиях отсрочки платежа;

3) заявлением в силу пункта 5 статьи 488 Гражданского кодекса России требования об обращении взыскания на предмет залога — товар, переданный Дилеру на условиях отсрочки платежа, — вследствие неисполнения Дилером обязанности по оплате товара. В данном случае речь шла бы о залоге, возникающем не из договора, а из закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, о чем прямо упоминается в п. 3 ст. 334 ГК России¹⁸. Следует отметить, что Договор не предусматривал того, что переданный Дилеру товар не признается находящимся в залоге.

На первый взгляд, споры между Клиентом и Дилером, связанные с использованием любого из приведенных способов правовой защиты, подпадали под действие арбитражной оговорки Договора. Однако проведенный Юридическим консультантом анализ показал, что необходимость обязательного обращения в МКАС все-таки должна отпадать в случае заявления Клиентом требования об обращении взыскания на предмет залога — товар, выбранный Дилером в кредит. Данный вывод основывался на следующих соображениях:

1) арбитражная оговорка, содержащаяся в Договоре, предусматривала рассмотрение в МКАС лишь споров, возникающих в связи с самим Договором, то есть лишь тех разногласий между Клиентом и Дилером, которые возникли между ними при выступлении в

Договором может быть предусмотрена обязанность покупателя уплачивать проценты на сумму, соответствующую цене товара, начиная со дня передачи товара продавцом.

5. Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, с момента передачи товара покупателю и до его оплаты товар, проданный в кредит, признается находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем его обязанности по оплате товара».

¹⁸ «Залог возникает в силу договора. Залог возникает также на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признается находящимся в залоге».

качестве, соответственно, продавца и покупателя на основании соглашения, возникшего в силу их волеизъявления;

2) между Клиентом и Дилером вследствие неоплаты последним товара, полученного в кредит, сложилось два принципиально различающихся, хотя и связанных между собой вида правоотношений, являющихся основанием для возникновения принципиально различных коммерческих споров, а именно:

(а) правоотношение по поставке, возникшее в рамках Договора и в связи с ним, а именно по поводу исполнения и реализации сторонами взаимных обязательств и прав, соответственно, как продавца и покупателя; а также

(б) залоговое правоотношение, возникшее уже в рамках закона, по поводу оснований возникновения залога на товар, взаимных полномочий и обязанностей Клиента и Дилера как, соответственно, залогодателя и залогодержателя.

3) хотя возникшее между сторонами залоговое обязательство и обеспечивало исполнение основного обязательства Дилера по оплате выбранного в кредит товара, оно являлось, тем не менее, совершенно **самостоятельным** как по (а) содержанию корреспондирующих прав и обязанностей сторон, так и по (б) основанию их возникновения:

(а) в рамках Договора и в связи с ним Клиент и Дилер выступали лишь в качестве, соответственно, продавца и покупателя — лиц, обладавших совершенно определенными правами и обязанностями, закрепленными Договором и гл. 30 «Купля-продажа» ГК России.

Одновременно Клиент и Дилер выступали в качестве субъектов залогового правоотношения. Однако связанные с залогом особые права сторон (в частности, на получение удовлетворения в случае неисполнения должником обеспеченного залогом обязательства из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами (п. 1 ст. 334 ГК России); на использование заложенного имущества) принадлежали Клиенту и Дилеру уже не как продавцу и покупателю, а как залогодателю и залогодержателю — лицам с особым правовым статусом.

В Договоре залоговые права и обязанности сторон не были зафиксированы, а о залоге вообще не упоминалось, и это давало возможность утверждать, что действие арбитражной оговорки на них не распространялось и что в данном конкретном случае эти залоговые права и обязанности полностью регламентировались только нормами закона, а именно §3 «Залог» гл. 23 «Обеспечение исполнения обязательств» ГК России и некоторыми другими положениями. Вы-

вод о применимости упомянутых норм как составной части российского материального права вытекал, само собой разумеется, не из содержащегося в Договоре соглашения сторон о применении права России, а из других оснований: хотя бы из того, что Клиент и Дилер являлись субъектами российского права, а Договор был заключен и исполнялся на территории России. Впрочем, даже если следовало считать данное залоговое правоотношение сторон имеющим в себе иностранный элемент, то вывод о необходимости применения российского материального права все равно вытекал из содержания российских коллизионных норм¹⁹;

(б) не менее важным представлялся довод о принципиальном различии в основаниях возникновения прав и обязанностей Клиента и Дилера соответственно как продавца и покупателя, с одной стороны, и как залогодержателя и залогодателя, с другой.

Права и обязанности Клиента и Дилера по передаче и принятию товара и его оплате возникли на основании Договора. В силу закона отношения сторон по купле-продаже в данном случае не возникали. Совершенно иная ситуация складывалась с залогом. П. 3 ст. 334 ГК России предусматривает: *«Залог возникает также на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признается находящимся в залоге»* (выделение наше. — Авторы). Именно такой залог, возникший на основании закона, а не на основании ничего не говорящего о залоге Договора, действовал в отношениях между сторонами.

Отметим также, что, хотя залоговое обязательство обладает акцессорной природой, оно в то же время является институтом *sui generis*: ему присущи элементы не только обязательственного, но и вещно-правового характера. *«Причем действие этих элементов на-*

¹⁹ Статья 166 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик в п. 1 предусматривает: *«При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся:...*

13) залогодателем — в договоре залога». П. 6 ст. 10 Закона России «О залоге» также предусматривает: *«Права и обязанности сторон договора о залоге определяются по законодательству страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся залогодателем, если иное не установлено соглашением сторон»* (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 23, ст. 1239).

столько сильно, что в некоторых правовых системах (например, в Германии) залог рассматривается в качестве одного из вещных прав. Кодекс [Гражданский кодекс России. — Авторы], сохраняя традицию российского права, относит залог к институтам обязательственного права, но не может не учитывать двойственную природу залога. Этим, в частности, объясняется предоставление залогодержателю в определенных случаях вещно-правовой защиты»²⁰. Нельзя не указать и еще на один момент, свидетельствующий о самостоятельности залогового обязательства в действующем российском законодательстве (равно как и в проекте третьей части Гражданского кодекса России): такая самостоятельность выражается хотя бы в том, что применительно к этому обязательству предусматривается отдельное коллизийное регулирование и статут такого обязательства не совпадает со статутом договора купли-продажи.

Соответственно, споры Клиента и Дилера, возникавшие из залогового правоотношения, нельзя было считать подпадающими под действие арбитражной оговорки в Договоре. На этом основании Юридический консультант от имени Клиента в ноябре 1999 г. обратился в Арбитражный суд г. Москвы с иском к Дилеру об обращении взыскания на предмет залога — товар, выбранный в кредит и Дилером не оплаченный.

Рассмотрение дела в государственном арбитражном суде первой инстанции

Особо отметим, что в государственный арбитражный суд для участия в рассмотрении иска Клиента Дилер явился, хотя до этого момента на обращения Клиента и МКАС не реагировал. Перед рассмотрением дела по существу Дилер заявил ходатайство **о прекращении производства по делу на основании именно ст. 85 Арбитражного процессуального кодекса России**, сославшись на арбитражную оговорку в Договоре. Клиент, возражая против удовлетворения ходатайства, сослался на неподчинение рассматриваемого судом спора действию этой арбитражной оговорки.

Суд отказал в удовлетворении ходатайства Дилера, указав: *«Рассмотрев ходатайство, против удовлетворения которого истец*

²⁰ Комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. М., Фонд «Правовая культура», 1995, с. 299.

возражает, суд, считая, что наличие такой оговорки не препятствует обращению с иском в арбитражный суд по установленной подсудности, ходатайство отклоняет».

К сожалению, суд прямо не указал на то, что требование Клиента, вытекающее из залогового правоотношения, арбитражной оговорке в Договоре не подчиняется. Кроме того, нельзя исключать, что суд учел содержание ст. 85 Арбитражного процессуального кодекса России, которая содержит **закрытый** перечень оснований для прекращения производства по делу и в их число такое основание, как наличие арбитражной оговорки, не входит²¹. Таким образом, Дилер допустил ошибку: ему следовало ссылаться на п. 2 ст. 87 Арбитражного процессуального кодекса России²² и требовать оставления иска без рассмотрения. Соответственно, заявление Дилером ходатайства, в котором он указал на арбитражную оговорку в Договоре, суд в силу принципа состязательности сторон на основании ст. 7 Арбитражного процессуального кодекса России²³

²¹ «Арбитражный суд прекращает производство по делу:

- 1) если спор не подлежит рассмотрению в арбитражном суде;
- 2) если имеется вступившее в законную силу принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда общей юрисдикции, арбитражного суда;
- 3) если имеется вступившее в законную силу принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, за исключением случаев, когда арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, возвратил дело на новое рассмотрение в третейский суд, принявший решение, но рассмотрение дела в том же третейском суде оказалось невозможным;
- 4) если организация — лицо, участвующее в деле, ликвидирована;
- 5) если после смерти гражданина — лица, участвовавшего в деле, спорное правоотношение не допускает преемства;
- 6) если истец отказался от иска и отказ принят арбитражным судом;
- 7) если заключено мировое соглашение и оно утверждено арбитражным судом».

²² «Арбитражный суд оставляет иск без рассмотрения:...

- 2) если имеется соглашение лиц, участвующих в деле, о передаче данного спора на разрешение третейского суда и возможность обращения к третейскому суду не утрачена и если ответчик, возражающий против рассмотрения дела в арбитражном суде, не позднее своего первого заявления по существу спора заявит ходатайство о передаче спора на разрешение третейского суда;...» (выделение наше. — Авторы).

²³ «В силу принципа состязательности стороны, другие участвующие в деле лица, если они желают добиться для себя... наиболее благоприятного решения, обязаны... совершать... предусмотренные законом процессуальные дей-

мог счесть как обычное информирование суда о наличии такой оговорки, не являющееся основанием для оставления иска без рассмотрения. Впрочем, последнее маловероятно: Дилер все-таки заявил ходатайство о передаче спора на разрешение МКАС, а квалификация процессуального действия стороны спора должна производиться именно судом. Так, было бы абсурдным предположить, что отказ истца от исковых требований не был бы принят государственным арбитражным судом только потому, что истец сослался бы в обоснование своего отказа не на ту статью Арбитражного процессуального кодекса России или потому, что истец заявил бы об отказе, используя формулировки, которые не фигурируют в таком кодексе. Поэтому следует исходить из того, что государственный арбитражный суд решил, что требование Клиента, вытекающее из залогового правоотношения, арбитражной оговорке в Договоре не подчиняется.

В результате судебного разбирательства иск Клиента об обращении взыскания на предмет залога был полностью удовлетворен. На вынесенное решение Дилером была подана апелляционная жалоба.

Рассмотрение дела в суде апелляционной инстанции

При рассмотрении дела в апелляционной инстанции Дилер указал на нарушение судом первой инстанции норм процессуального законодательства, выразившееся в принятии судом решения по делу без оставления иска без рассмотрения. Суд с этим доводом истца согласился и постановил, что суд первой инстанции нарушил императивную норму п. 2 ст. 87 Арбитражного процессуального кодекса России, указав, что *«Суд должен был оставить иск без рассмотрения»*. Тем не менее, апелляционная инстанция в удовлетворении жалобы Дилера отказала.

ствия [в том числе заявлять ходатайство об оставлении иска без рассмотрения и о передаче спора на рассмотрение третейского суда. — Авторы], направленные на то, чтобы убедить суд в своей правоте». — Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу РФ. Вступительная статья Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ профессора В.Ф. Яковлева и Первого заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации проф. М.К. Юкова). М.: Юридическая фирма «Контракт», 1995, с. 15-16.

При этом в качестве основания для отказа ею был использован п. 2 ст. 158 Арбитражного процессуального кодекса России (*«Нарушение или неправильное применение норм процессуального права является основанием к изменению или отмене решения, если это нарушение привело или могло привести к принятию неправильного решения»*). Апелляционная инстанция указала: *«Однако заявитель жалобы не привел доводов и доказательств, которые позволили бы суду апелляционной инстанции сделать вывод о том, что вышеуказанное процессуальное нарушение привело или могло привести к принятию неправильного решения. Доводов по существу спора заявитель не представил.*

Рассмотрев материалы дела, суд апелляционной инстанции... проверил законность и обоснованность решения и также не нашел других оснований для отмены решения». В итоге апелляционная инстанция подтвердила наличие задолженности Дилера по Договору.

Как видно, апелляционная инстанция истолковала слова *«привело или могло привести к принятию неправильного решения»* буквально и проверила правильность решения по существу, хотя в действительности неправильность решения, если принять тезис о том, что суд первой инстанции должен был оставить иск без рассмотрения, состояла не в том, правильно или неправильно были рассмотрены обстоятельства дела и правильно или неправильно были применены соответствующие нормы, а в том, что решение в принципе было принято. В этом плане апелляционная инстанция допустила ошибку. Однако еще большую ошибку она допустила, заявив, что суд должен был оставить иск без рассмотрения: арбитражная оговорка в Договоре и особенности залогового правоотношения между сторонами не давали оснований считать, что на исковое требование Клиента, предъявленное в государственный арбитражный суд, эта арбитражная оговорка распространялась.

Не согласившись с постановлением апелляционной инстанции, Дилер подал кассационную жалобу в Федеральный арбитражный суд Московского округа.

Рассмотрение дела в суде кассационной инстанции и его исход

Суд кассационной инстанции отменил ранее принятые по делу судебные акты и оставил иск Клиента без рассмотрения.

В мотивировочной части постановления кассационная инстанция указала на неправильное применение нижестоящими судами норм материального права, выразившееся в констатации задолженности Дилера в долларах США, а не в российских рублях.

Далее кассационная инстанция постановила, что при наличии ходатайства Дилера о передаче дела на рассмотрение в МКАС суд первой инстанции должен был оставить иск без рассмотрения и что апелляционная инстанция должна была такое допущенное нарушение устранить. При этом кассационная инстанция также использовала то обстоятельство, что Клиентом уже был заявлен иск в МКАС. Правда, при этом было проигнорировано то, что иск в МКАС имел своим предметом иное требование. Кроме того, кассационная инстанция неправомерно не дала никакой правовой оценки аргументу Клиента об отсутствии у МКАС компетенции рассматривать спор об обращении взыскания на предмет залога, хотя именно на это ей многократно указывалось. Таким образом, кассационная инстанция исправила одну неточность, но допустила более серьезную ошибку.

Банкротство дилера

Тем не менее, в период с момента вынесения постановления суда апелляционной инстанции и вплоть до его отмены Клиент располагал вступившим в законную силу решением, позволявшим ему взыскать с Дилера сумму задолженности путем обращения взыскания на предмет залога. Поскольку удовлетворить требования Клиента Дилер был не в состоянии, то наличие вступившего в силу судебного решения давало Клиенту возможность возбудить против Дилера дело о банкротстве.

При этом стремление Дилера придерживаться тактики избежания ответов на сообщения для затягивания разбирательства в МКАС давало возможность настаивать на применении ускоренной процедуры банкротства отсутствующего должника. Возбужденное на основании выданного Клиенту исполнительного листа исполнительное производство было умело и эффективно использовано Юридическим консультантом для сбора необходимых для применения такой процедуры информации и документов.

В частности, полученная по требованию Клиента судебным приставом-исполнителем информация из налоговых органов свиде-

тельствовала об отсутствии официального ведения Дилером предпринимательской деятельности и о том, что в течение последних 12 месяцев операции по своим счетам им не проводились²⁴.

Было также документально зафиксировано, что единственный последний известный Клиенту адрес Дилера, указанный в учредительных документах последнего, совпадает с почтовым адресом Дилера. Иные места нахождения органов управления Дилера или его имущества в ходе исполнительного производства установлены не были, в связи с чем был составлен акт о невозможности взыскания.

Собранные в ходе исполнительного производства документы, а также полученные из МКАС доказательства невозможности уведомления Дилера по адресу, указанному в его учредительных документах, позволили Клиенту инициировать процедуру ускоренного банкротства Дилера через государственный арбитражный суд. Тем самым, учитывая то, что дела о банкротстве рассматриваются только государственными арбитражными судами, а также принимая во внимание норму п. 1 ст. 57 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» («С момента вынесения арбитражным судом определения о принятии заявления о признании должника банкротом:

имущественные требования к должнику могут быть предъявлены только с соблюдением порядка предъявления требований к должнику, установленного настоящим Федеральным законом;

по ходатайству кредитора приостанавливается производство по делам, связанным со взысканием с должника денежных средств и иного имущества должника. Кредитор вправе в этом случае предъявить свои требования к должнику в порядке, установленном настоящим Федеральным законом;...») Юридический консультант добился от имени Клиента того, что требования последнего к Дилеру не должны были рассматриваться в МКАС, то есть фактически обес-

²⁴ Что в силу статьи 180 § 2 «Банкротство отсутствующего должника» Федерального закона от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» («Положения, предусмотренные настоящим параграфом, применяются также в случаях, когда имущество должника — юридического лица заведомо не позволяет покрыть судебные расходы по делу о банкротстве или когда в течение последних 12 месяцев не проводились операции по счетам должника, а также при наличии иных признаков, свидетельствующих об отсутствии предпринимательской или иной деятельности должника») само по себе уже являлось основанием для применения процедуры банкротства отсутствующего должника.

печил лишение арбитражной оговорки в Договоре дерогационного эффекта. При этом по ходатайству Клиента МКАС приостановил производство по иску Клиента к Дилеру, как это предписывается Федеральным законом от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

В результате все такие предпринятые Клиентом действия позволили, несмотря на последующую отмену Федеральным арбитражным судом Московского округа решения Арбитражного суда г. Москвы, вынесенного в пользу Клиента, подтвердить в рамках процедуры банкротства денежные требования Клиента к Дилеру и на этом основании признать Дилера банкротом. Указанная отмена не повлияла на процесс рассмотрения дела о банкротстве (хотя Дилер требовал его прекращения) ввиду двух моментов: 1) Федеральный арбитражный суд отменил решение по процессуальному основанию, не поставив под сомнение правильность выводов в решении по существу, а Дилер оспорить требования Клиента просто не мог; 2) ст. 48 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» предусматривает: *«По результатам рассмотрения дела о банкротстве арбитражный суд принимает один из следующих актов:*

решение о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства;

решение об отказе в признании должника банкротом;

определение о введении внешнего управления;

определение о прекращении производства по делу о банкротстве». Далее Закон устанавливает конкретные основания для принятия решения об отказе в признании должника банкротом и для принятия определения о прекращении производства по делу о банкротстве, и среди них отсутствуют те, на которые Дилер мог бы сослаться.

В итоге Дилер был лишен возможности оказывать на Клиента недолжное давление при помощи Постановления об обеспечении иска.

Выводы

Описанное выше дело представляет собой яркий пример умелого использования различных правовых институтов и процедуры банкротства, причем в их взаимоотношении с международным коммерческим арбитражем, в целях защиты лица, права которого неправомерно ущемлялись недобросовестным должником. Учитывая слож-

ность и специфичность ситуации, Клиент был вынужден, к сожалению, искать неординарные средства для нейтрализации дерогационного эффекта арбитражной оговорки, позволявшей Дилеру недобросовестно препятствовать удовлетворению требований Клиента, правомерность которых не вызвала сомнений. Само собой разумеется, что если бы не недобросовестные действия Дилера и не определенные оказавшиеся малоэффективными стороны функционирования международного коммерческого арбитража в рассмотренном деле, Клиент не имел бы ничего против использования такого арбитража.

Кроме того, описанное выше дело демонстрирует, каким мощным юридическим средством могут быть постановления международного коммерческого арбитража об обеспечительных мерах, что ныне существующее в России регулирование в отношении таких постановлений далеко не удовлетворительно и должно быть более подробным и точным, что при вынесении подобных постановлений необходима осторожность, тщательность и допущение обращения за объяснениями к противоположной стороне, что в актах, регламентирующих деятельность международного коммерческого арбитража, необходимо предусматривать средства противодействия недобросовестным действиям лиц, требующих вынесения в их пользу таких постановлений (в частности, применительно к срокам уплаты арбитражного сбора, возможности отмены постановлений теми лицами, которые их вынесли, а также истребования от лиц, требующих вынесения в их пользу таких постановлений, реально исполнимых банковских гарантий). Оно также помогает понять, каким путем идут сегодня российские суды общей юрисдикции при решении вопросов о надлежащей инстанции для приведения таких постановлений в исполнение, о возможности их обжалования и основаниях их отмены или отказа в приведении в исполнение, и что некоторые используемые при этом подходы назвать безукоризненными нельзя. Оно иллюстрирует и то, что и в федеральных арбитражных судах не всегда уделяется должное внимание нелегким проблемам действия арбитражных оговорок и прочим вопросам в сфере международного коммерческого арбитража и что в связи с этим в указанной сфере всегда следует ожидать каких-либо юридических сложностей. Безусловно, когда-нибудь ситуация начнет исправляться, но пока единственной реальной возможностью избежать таких сложностей или добиться их эффективного устранения является обращение к юридическим консультантам, обладающим соответствующими знаниями и опытом.