

Международное частное право

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ И ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ*

С.Н. Лебедев**

В контексте одного из важных вопросов права международной торговли, а именно разрешения споров, возникающих в договорных отношениях, XX век ознаменовал универсальное признание арбитража, или третейского суда, — института частного правосудия, создаваемого самими договаривающимися сторонами, обычно принадлежащими к различным странам.

Поиск новых и оптимальных возможностей в данной сфере, отвечающих меняющимся практическим потребностям и концептуальным оценкам, никогда не прекращается, включая, например, явственно возросший интерес к различным другим альтернативным методам улаживания споров. Так, традиционно считавшаяся феноменом восточной правовой культуры согласительная процедура привлекает к себе весьма широкое внимание в международном деловом общении, подтверждением чему на регламентационном уровне служит наряду со многими другими актами принятие Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 1980 году Регламента согласительной процедуры, который Генеральная Ассамблея ООН рекомендовала для использования сторонами, стремящимися к

* Настоящий текст представляет собой доклад, подготовленный для международной конференции ЮНСИТРАЛ “40 лет Нью-Йоркской конвенции” (Нью-Йорк, июнь 1998 г.) на основе тезисов, представленных на первой в России региональной конференции Ассоциации международного права (АМП) и Российской ассоциации международного права (Москва, сентябрь 1997 г.). Предложения о возможной унификации норм об обеспечительных мерах были высказаны на 67-й конференции АМП (Хельсинки, август 1996 г.).

** Заведующий кафедрой международного частного и гражданского права МГИМО(У) МИД РФ, председатель Морской арбитражной комиссии, член Президиума Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате (ТПП) РФ.

мирному урегулированию спора путем обращения к согласительной процедуре (резолюция 35/52 от 4 декабря 1980 г.).

Существующая и известная практика в области международных коммерческих контрактов самых различных видов — от традиционной купли-продажи до инвестиционных проектов, от морских перевозок до операций с ценными бумагами, объектами интеллектуальной собственности, электронной торговли и пр. — дает веские основания ожидать, что арбитраж, прогрессивно эволюционируя как в ракурсе практического применения, развития всемирной сети институционных центров и т.п., так и в ракурсе нормативного регулирования, сохранит свое ведущее значение среди альтернативных (внесудебных) средств разрешения споров в наступающем XXI веке, получит дальнейшее распространение в тех сферах и регионах, где пока что по различным причинам он еще не воспринят в адекватной мере. Анализ истории применения арбитража в международном торговом обороте может выявить различные факторы, обуславливающие его принятие, в том числе нельзя не вспомнить и политические, например когда он рассматривался в качестве едва ли не единственно приемлемого инструмента в рамках экономических отношений между партнерами из стран с различным общественным строем. Однако реальный опыт подтверждает, что арбитраж обладает общезначимой ценностью, на которую, можно сказать, ориентируются и будут ориентироваться деловые круги на постоянной основе. В частности, фундаментальные изменения, происшедшие в России после 1991 года, ни в какой мере не снизили прежний интерес к международному коммерческому арбитражу, предельно расширился лишь круг практически заинтересованных в нем деловых людей.

Важным фактором в нормативном отношении наряду с развитием национального законодательства служат международные усилия по унификации режима коммерческого арбитража. Нет нужды особо говорить, в частности, об одной из наиболее “счастливых” (с точки зрения универсального принятия) частноправовых конвенций — Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года, о таких региональных документах, как Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1958 года и Панамская конвенция о международном коммерческом арбитраже 1975 года, о Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, разработанном в 1985 году и принятом в качестве собственного закона более чем в 25 странах, включая Россию и Австралию, Египет и Украину, Болгарию и Канаду, Бахрейн и ряд штатов США, Нигерию и Перу и т.д.

Перспективы развития и упрочения режима международного коммерческого арбитража с учетом практических потребностей, опыта

деятельности арбитров и арбитражных институтов, судебных решений и прежде всего интересов “дестинаторов”, то есть самих деловых кругов, чьим нуждам он призван служить, связаны с научной разработкой проблем арбитража и подготовкой проектов новых нормативных решений, что, как известно, активно делается в настоящее время, в том числе на международной основе. Хотя, разумеется, не все проблемы, привлекающие интерес, могут быть реализованы комплексно в нормативных документах, тем более международных, их обсуждение, признание их актуальности и т.д. готовят почву для последующих практических мер *de lege ferenda* (будущего законодательства).

Одной из таких проблем является, по моему мнению, взаимодействие судов и арбитров в отношении мер обеспечения тех требований, которые в силу соглашения сторон подлежат разрешению в арбитражном порядке. Сложности, возникающие в контексте международного арбитража, состоят в том, что очень часто рассмотрение спора должно иметь место в одной стране, а исполнение решения — в другой стране, где может находиться имущество должника.

Уместно вспомнить, что большая и успешная работа по близкой тематике была проведена в рамках Ассоциации международного права. На ее 64-й конференции в Квинсленде был создан комитет, в состав которого вошли многие крупные специалисты из разных стран (председатель — П.Е. Нигъ) и который занялся исследованием вопросов об обеспечительных мерах при судебных процессах по спорам между субъектами права различных стран (международные тяжбы). Экспертами был собран обширный материал по нескольким странам, показавший значительные различия не только по форме, но и по существу в регулировании данных вопросов. При этом имелись в виду две задачи: а) меры по обеспечению тех средств (денежных и иных), на которые может быть обращено взыскание по будущему судебному решению, и б) сохранение *status quo* в рамках отношений между сторонами до разрешения их спора. В качестве парадигмы избрали наиболее типичную ситуацию, связанную с возможностью замораживания денежных сумм, депонированных на банковском счете в другой стране, нежели в стране, где происходит или должен происходить судебный процесс по существу дела. Известно, насколько быстро при нынешних методах банковских операций возможно транснациональное перемещение денежных средств, в отсутствие которых приведение решения в исполнение, при уклонении должника, часто оказывается невозможным. Интересам правосудия соответствовало бы установление специальной, или субсидиарной, юрисдикции суда для принятия обеспечительных мер в помощь зарубежному судебному процессу. В рамках данной темы, исключительно многогранной, большая работа комитета заверши-

лась принятием “Принципов о временных и обеспечительных мерах при международных тяжбах”, представленных последней конференцией в Хельсинки в августе 1996 года в очень содержательном сообщении С. Маклахэна, докладчика комитета.

Применительно к арбитражу обеспечение исковых требований имеет свои особенности и сложности по сравнению с судебным процессом, практически это еще более актуальная проблема.

Будучи институтом частного правосудия, базирующимся на соглашении сторон, арбитраж не обладает теми властными полномочиями, которыми наделяет суд. Следует заметить, впрочем, что в последнее время наблюдается тенденция к предоставлению арбитрам дополнительных прав, в частности посредством широкого толкования той миссии, которая возлагается на арбитров соглашением сторон. Эта тенденция обнаруживается особенно явно в силу того, что частью арбитражного соглашения признаются положения арбитражного регламента, о применении которого договорились стороны. В этих регламентах, как международных (Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, ст. 26), так и принятых многими институциональными арбитражами (например, Лондонским судом международного арбитража, ст. 25, Американской арбитражной ассоциацией, ст. 22, Международной торговой палатой, ст. 23 и др.), предусматривается возможность принятия арбитрами промежуточных мер. Более того, возможность таких мер предусмотрена и в законах, в частности принятых на основе типового закона ЮНСИТРАЛ (ст. 17), в новом английском законе 1996 года (ст. 38) и новом индийском законе 1996 года (ст. 17) и др. По общему правилу, однако, объем полномочий арбитров ввиду самого их статуса по необходимости ограничен и охватывает лишь такие распоряжения, которые касались бы “предмета спора” (“subject matter of the dispute”), например, судя по известной практике, продажи скоропортящихся товаров, неосуществления платежа по аккредитиву, приостановления или продолжения исполнения контракта и т.п. Хотя подобные меры несомненно носят имущественный характер, они не служат средством обеспечения иска *stricto sensu* (в строгом смысле слова). Что касается некоторых новых, более широких формулировок в некоторых регламентах, например о вынесении арбитрами распоряжений “о любых промежуточных и охранительных мерах” (ст. 23.1 арбитража МТП) или “обеспечения ответчиком посредством банковской гарантии или депозита всей или части спорной суммы” (ст. 25.1а Лондонского арбитража), то возникает вопрос об исполнимости таких распоряжений в отсутствие нормативной санкции.

Предусматриваемая некоторыми законами свобода сторон договариваться о более широких полномочиях арбитров реально не обес-

печивает адекватных возможностей в этой части. Как подчеркивают комментаторы, дело не только в том, что арбитры могут обладать юрисдикцией лишь в отношении самих сторон и их имущества (но не в отношении каких-либо третьих лиц, например банков, в которых депонированы деньги), но и в том, что арбитры не обладают принудительной властью для реализации своих распоряжений, а одной лишь санкции в виде негативных выводов арбитров по поводу неисполнения их распоряжения ответчиком оказывается зачастую недостаточно. В германском законе об арбитраже 1938 года (включенном в 10-й раздел ГПК) ст. 1033 в дополнение к тому, что предусмотрено в ст. 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ (принятого законодателем за основу), оговорила содействие суда в реализации распоряжений арбитров, которые, однако, могут касаться, как уже упоминалось выше, только “предмета спора”. Помимо прочего, существенное значение имеет и то, что арбитражный суд может осуществлять свои полномочия лишь после того, как он сформирован, а это занимает определенное время после возникновения спора, в течение которого, или даже еще ранее, должник может распорядиться своим имуществом, исчезающим через “черную дыру”. Более того, арбитры часто не склонны выносить такие решения ввиду неуверенности в том, что они будут исполнены.

В законодательной практике есть некоторые решения, идущие дальше того, о чем сказано выше. Например, в законодательных актах о двух институциональных арбитражах — Международном коммерческом арбитражном суде (МКАС) и Морской арбитражной комиссии (МАК) при Торгово-промышленной палате РФ (Приложения I и II к Закону 1993 г., ст. 6 и ст. 4, соответственно) — сохранено положение, действующее с 1930-х годов, о праве председателя МКАС и председателя МАК вынести постановление по просьбе стороны об обеспечении иска по делам, подлежащим по соглашению сторон рассмотрению в МКАС и МАК, в том числе до предъявления иска истцом. На практике выносятся, например, постановления о предоставлении ответчиком банковской гарантии, до предоставления которой банку, где имеются денежные средства должника, предписывается заморозить соответствующую сумму. По делам МАК, как сказано в ст. 4, может быть, в частности, предусмотрен арест судна или груза, находящихся в российском порту. Юридическая сила таких постановлений, в том числе для третьих лиц, базируется на прямых указаниях в законе, то есть в ст. 6 и 4, соответственно.

В китайском Законе об арбитраже 1994 года (ст. 28), а также в регламентах институциональных арбитражей (в частности, Арбитражной комиссии по международным экономическим и торговым делам, ст. 23 и МАК, ст. 22) предусмотрено, что в случае, если

сторона ходатайствует о принятии обеспечительных мер, сама арбитражная комиссия (а не арбитры) обязана в соответствии с гражданско-процессуальным кодексом передать это ходатайство в народный (или морской) суд по месту нахождения другой стороны или ее имущества.

Статья 183 швейцарского закона о международном арбитраже (разд. 12 Закона о международном частном праве 1987 г.) наделяет арбитров правом выносить приказы о временных и обеспечительных мерах, предусматривая, однако, что в случае их неисполнения стороной сами арбитры могут “запросить содействие от компетентного суда”.

Для контрастности в части различных подходов к данному вопросу можно сослаться на ст. 753 аргентинского ГПК, где прямо исключается возможность для арбитров принятия каких-либо “принудительных мер, требующих исполнения”.

В целом, однако, сравнительный анализ правовых норм судебной и известной арбитражной практики в различных странах свидетельствует о том, что сами арбитры по общему правилу не обладают эффективными возможностями для обеспечения иска. Такие обеспечительные меры, по-разному именуемые в разных странах (*saisie conservatoire*, *attachment*, *injunction*, *arrest* и т.д.) и относящиеся к стадии до вынесения арбитражного решения (*pre-award stage*), могут быть приняты судебными учреждениями. В некоторых странах, например в США, считается, что, несмотря на договорную природу арбитража, соглашение сторон (об арбитраже в США), исключающее обращение в суд по поводу таких мер, противоречило бы публичному порядку.

При самом первом обращении к законодательству отдельных стран можно убедиться, однако, в различном подходе к вопросу о судебных мерах по обеспечению иска по делам, подлежащим рассмотрению в арбитражном порядке. В ряде стран существуют прямые указания в законе о том, что суд обладает юрисдикцией для вынесения обеспечительных приказов по арбитражным спорам, хотя сами эти указания могут быть либо более, либо менее подробными, условия и формы их часто разнятся с учетом национальных процессуальных традиций и особенностей и пр. Например, в законах отдельных штатов США содержится ряд детальных предписаний (например, § 7502 Закона и правил по гражданской практике штата Нью-Йорк), а в проекте нового шведского арбитражного закона содержится самое общее указание о том, что до начала и в ходе арбитража судом могут быть приняты обеспечительные меры, “которые суд по закону обладает юрисдикцией принимать” (ст. 4). Но есть и другие законодательные решения, в свете которых принятие обеспечительных мер оказывается невозможным. Например, в силу

российских процессуальных законов, весьма подробно регулирующих режим обеспечения иска, суд может принять соответствующие меры лишь по иску, уже предъявленному в этот суд, что исключает возможность обеспечения требования, которое имеется в виду предъявить в качестве искового в будущем (ст. 133 ГПК 1964 г., ст. 75 АПК 1995 г.). В силу этой общей нормы возможно обеспечение лишь судебных исков, но не тех требований, которые подлежат рассмотрению в арбитражном порядке, и даже не тех из них, по поводу которых уже начато арбитражное производство.

Российский закон 1993 года, основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, предусматривает, что обращение сторон в суд до или во время арбитражного разбирательства о принятии мер по обеспечению иска и принятие судом таких мер не являются несовместимыми с арбитражным соглашением (ст. 9). Данная статья совпадает по смыслу со статьей 6.4 Европейской конвенции 1961 года, их цель — подтвердить, что арбитражное соглашение не препятствует обращению в суд по поводу обеспечительных мер, что такое обращение не затрагивает действия арбитражного соглашения и не возлагает рассмотрение самого спора по существу на суд, что судебные обеспечительные меры считаются содействующими эффективности арбитража. В одном из решений (Вахта, 1991 г.), принятом судом Испании, которая является участницей Европейской конвенции и в которой ст. 1428 ГПК, подобно российским кодексам, предусматривает обеспечение лишь судебных исков, ст. 6.4 была истолкована как исключение из этого общего правила, которое с точки зрения его формулировки состоит в том, что судья вправе принять обеспечительные меры в поддержку арбитража, причем даже тогда, когда он имеет место в другой стране (в этом случае — в Швейцарии).

Однако вопрос об обеспечительных мерах в отношении дел, подлежащих рассмотрению в арбитраже, привлекает к себе особое внимание именно в тех случаях, когда арбитраж имеет место в одной стране, а средства стороны как объект таких мер находятся на территории другой страны и компетентным форумом является ее суд.

Пожалуй, лишь в немногих странах имеются специальные нормы по этому вопросу. Примером может служить голландский Арбитражный закон 1986 года, в котором наряду с общей нормой о судебных обеспечительных мерах (ст. 1022) содержится дополнительно ст. 1074, согласно которой сторона вправе обратиться в местный суд и в том случае, когда по соглашению сторон “арбитраж должен иметь место за пределами Нидерландов”.

В отсутствие подобных специальных указаний суд считает компетентным принять обеспечительные меры лишь в отношении требований, подлежащих рассмотрению на территории страны суда.

В Англии до 1975 года возможно было получить приказ суда лишь в отношении того имущества или фондов, по поводу которых происходил арбитраж, но не в отношении любых средств должника (денег или движимых вещей), права на реализацию либо вывоз или перевод за границу которых он лишился бы до разрешения спора. Такая возможность была установлена судебным решением в 1975 году и получила название “судебный запрет Марева” (“Mareva injunction”), который может быть издан судом и до начала арбитражного разбирательства, при условии, однако, что оно будет начато в срок, назначенный судом.

Оценивая важность той новеллы, которая была связана с введением “запрета Марева”, английские комментаторы отмечали, что он едва ли может быть выдан в отношении арбитража, имеющего место за границей, для чего потребовалось бы обеспечение взаимности. Данный вопрос, однако, получил определенное разрешение в ст. 2.3 английского Закона 1996 года, согласно которой даже в том случае, когда место арбитража находится за границей, английский суд может осуществить “полномочия в поддержку арбитражного производства”, предусмотренные в ст. 44, включая “установление промежуточного запрета” (очевидно, аналогично “запрету Марева”) в отношении имущества должника, находящегося в Англии.

Близкие, хотя и со своими особенностями, правила, включающие право суда “обеспечить сумму спора в арбитраже”, установлены в ст. 9 индийского Закона 1996 года.

Свои особенности имеют подходы и практика, существующие едва ли не в каждой стране. Примечательна позиция некоторых американских судов, которые считают, что в свете ст. 2.3 Нью-Йоркской конвенции 1958 года суд не вправе рассматривать требования стороны о принятии обеспечительных мер, в частности о задержании имущества или запрете определенных действий другой стороны. Этот подход (дело *McCreary* 1974 г.) базируется на том, что при всяком обращении в суд при наличии арбитражного соглашения, подпадающего под действие ст. 2.3, суд обязан не приостанавливать дело (как в случае внутреннего арбитража), а “направить стороны в арбитраж”, и рассмотрение даже ходатайства об обеспечительных мерах, связанное так или иначе с существом дела, фрустрирует, то есть делает тщетным, или обходит арбитражное соглашение. Правда, есть и другие решения, согласно которым в данной ситуации не возникает конфликта с арбитражным соглашением и обеспечительные меры содействуют эффективности арбитража. Однако в целом проблема, по оценкам американских комментаторов, ожидает своего разрешения.

Изложенное выше хотя и носит самый первичный и сугубо обзорный характер, показывает, по моему мнению, что данная проблема-

тика в свете существующих различий представляет интерес для более углубленного исследования и, возможно, принятия некоторых рекомендаций в целях укрепления действенности международного коммерческого арбитража.

На 67-й конференции АМП в 1996 году была принята резолюция об одобрении “Принципов о временных и обеспечительных мерах при международных тяжбах” и о направлении этого документа для рассмотрения в ЮНСИТРАЛ и Гаагскую конференцию по международному частному праву, что явилось заслуженно высокой оценкой работы комитета, подготовившего документ. На мой взгляд, было бы весьма ценно использовать материал и опыт, накопленные этим комитетом, разумеется, вместе с другими источниками, для того, чтобы на международной основе начать работу над новым, с одной стороны, близким, но, с другой стороны, самостоятельным проектом. Думается, обстоятельное исследование соответствующих вопросов (круг которых, естественно, определится в ходе работы) касательно обеспечительных мер и международного коммерческого арбитража представило бы широкий интерес, в том числе и для ЮНСИТРАЛ. Думается, что обращение к этой теме вызовет интерес и у тех, кто в научном и практическом плане интересуется вопросами арбитража.

Исследование вопросов обеспечения требований, подлежащих разрешению в арбитраже, могло бы привести к разработке новых нормативных решений, например в порядке дополнения Нью-Йоркской конвенции по этому поводу, либо даже в порядке дополнения Типового закона ЮНСИТРАЛ, либо в какой-либо иной форме.

Статья поступила в редакцию в сентябре 1998 года.