

УДК 341.6

**КРИВЕЦЬКА О. В.,**  
LL.M., аспірант кафедри міжнародного приватного права  
Інституту міжнародних відносин  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАСТЕРЕЖЕНЬ ПРОТИ ПОЗОВУ В КОНТЕКСТІ ПАРАЛЕЛЬНИХ СПОРІВ МІЖ ІНОЗЕМНИМ ІНВЕСТОРОМ І ДЕРЖАВОЮ

**Анотація.** У статті досліджуються особливості застосування застережень проти позову в контексті міжнародного арбітражу, а також надано оцінку ефективності цього інструменту в цілях протидії паралельним спорам між іноземним інвестором і державою. Здійснено порівняльний аналіз застосування застережень проти позову в міжнародному комерційному та інвестиційному арбітражі. Окрема увага приділена аналізу практики Європейського суду справедливості та Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів (ІКСІД).

**Ключові слова:** застереження проти позову, міжнародний комерційний арбітраж, міжнародний інвестиційний арбітраж, паралельні провадження, Європейський суд справедливості, ІКСІД.

**Постановка проблеми.** Застереження проти позову (*англ.* – *anti-suit injunctions*) використовується національними судами переважно загальної системи права в цілях запобігання паралельним провадженням в інших юрисдикціях. Натомість серед держав континентального права цей інструмент не набув поширення, і така позиція відображена в практиці Європейського суду справедливості. Разом із тим низка науковців розглядають застереження проти позову як один із інструментів протидії паралельним спорам між іноземним інвестором та державою, в т.ч. спорів, які розглядаються в національному суді або комерційному арбітражі, з одного боку (на підставі приватноправового контракту між державою та іноземним інвестором), та в міжнародному інвестиційному арбітражі, з іншого (на підставі міжнародного інвестиційного договору).

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Окремі аспекти застосування застережень проти позову в контексті міжнародного арбітражу проаналізовані в працях низки науковців, серед яких: Г. Борн, Х. Велланд, Е. Гаяр, Н. Ерк, Дж. Зарра, Л. Леві, А. Ядикін. Однак досі залишається відкритим питання ефективності цього інструменту в цілях протидії паралельним спорам між іноземним інвестором та державою.

**Мета статті** полягає в дослідженні особливостей застосування застережень проти позову в контексті міжнародного арбітражу та оцінці ефективності цього інструменту в цілях протидії паралельним спорам між іноземним інвестором і державою.

**Виклад основного матеріалу.** Під застереженням проти позову слід розуміти наказ, виданий компетентним судовим (або іншим юрисдикційним) органом однієї держави, який забороняє будь-якій фізичній особі/юридичній особі приватного права ініціювати розгляд спору або зобов'язує зупинити участь у розгляді такого спору в судовому (або іншому юрисдикційному) органі іншої держави.

Застереження щодо позову поширене в країнах загальної системи права, і, передусім, цей інструмент застосовується судами Англії. Англійські суди вважають, що ухвалення ними заборони проти позову не зумовлює втручання в юрисдикцію судів іноземної юрисдикції, оскільки така заборона на підтримання паралельного судового процесу адресована не іноземному суду, а стороні спору, на яку поширюється юрисдикція англійського суду [1, с. 237]. Навіть якщо такий наказ не буде визнаватися в країні, де триває паралельний спір, застосування кримінально-правових санкцій за невиконання судового наказу згідно з англійським правом є дієвим стримуючим фактором для сторони спору, якій адресована заборона, утриматися від ініціювання або продовження паралельного спору [2].

Інші держави-члени Європейського союзу, за винятком Франції, не підтримують практику застосування застережень проти позову [2]. Більше того, цей механізм вважається таким, що суперечить Регламенту № 44/2001 Ради ЄС про юрисдикцію, визнання і виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах (далі – «Брюссельський регламент I») [3]. Рішенням від 10 лютого 2009 року в справі *Allianz SpA et al. v. West Tankers Inc* (справа C-185/07) Європейський суд справедливості дійшов висновку, що заборони на розгляд, ухвалені судами держав-членів на користь арбітражного розгляду, суперечать Брюссельському регламенту I, якщо провадження в справах між тими самими сторонами та в тій же справі було розпочато в судах іншої Держави-члена [4, п. 34].

Ще раніше, 27 квітня 2004 року, Європейський суд справедливості в рішенні в справі *Turner v. Gruvit* (справа C-159/02) визнав, що застереження, видані судом Держави-члена (Великобританії) проти розгляду спору в суді іншої Держави-члена (Іспанії), суперечать праву ЄС (зокрема, чинній на той час Брюссельській конвенції 1968 року з питань юрисдикції та примусового виконання судових рішень щодо цивільних і комерційних спорів)). Це правило діє, навіть якщо таке застереження має на меті запобігти паралельному спору, що ініційований зі зловживанням правом та зводить нанівець провадження, розпочате раніше [5, п. 31].

У зазначених рішеннях Європейського суду справедливості відображений підхід континентальної системи права.

У свою чергу, застосування застережень проти позову в контексті міжнародного арбітражу має свої особливості і на практиці можливе за трьома сценаріями.

*Сценарій 1. Національний суд видає застереження проти позову на користь арбітражного провадження.* Як зазначає Гарі Борн, позицію англійських судів щодо своїх повноважень видавати судові накази на користь арбітражного розгляду демонструє рішення Апеляційного суду Англії 1995 року у справі *Aggeliki Charis Comptania SA v. Pagnan SpA*. Згідно із цим рішенням суд «не знаходив жодних причин для сумнівів чи непевності щодо доцільності видання судової заборони з метою обмеження паралельного судового процесу, розпочатого з порушенням чинної арбітражної угоди, адже сама сторона-відповідач пообіцяла не розпочинати такий спір» [6, с. 64].

Однак, як зазначено вище, рішення Європейського суду справедливості в справі *West Tankers* поклало кінець використанню в національних судах держав-членів ЄС судових заборон для забезпечення арбітражного процесу на території ЄС [2].

Для Великобританії рішення в справі *West Tankers* має особливе значення, оскільки породжує конфлікт між зобов'язаннями Великобританії згідно з Нью-Йоркською конвенцією про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року, з одного боку, та Брюссельським Регламентом I, з іншого [7, с. 304].

Однак слід підкреслити, що після того, як Брюссельський регламент I припинить дію у Великобританії після завершення *Brexit*, сторони спору з високою імовірністю зможуть знову скористатися цим інструментом в англійських національних судах для того, що заблокувати провадження в судах держав-членів ЄС, розпочаті з порушенням арбітражної угоди.

На особливу увагу заслуговує рішення Європейського суду справедливості в справі *Gazprom v. Lithuania* (C-536/13) від 13 травня 2015 року. У цьому рішенні Суд постановив, що Брюссельський регламент I не перешкоджає визнанню чи виконанню таких застережень проти позову, якщо вони видаються арбітражним органом: «Брюссельський регламент I не повинен тлумачитися таким чином, щоб перешкоджати суду держави-члена визнавати та виконувати, або ж відмовляти у визнанні та виконанні рішення арбітражного суду, яке забороняє стороні подавати позов у державний суд цієї держави-члена» [8, п. 44].

Однак обставини справи *Gazprom* принципово відрізняються від справи *West Tankers*, оскільки в першому випадку застереження проти позову були видані не судом, а арбітражним органом – Арбітражним інститутом Стокгольмської торгової палати. Тому науковці та юристи-практики вважають, що рішення в справі *Gazprom* не вирішило головне питання, що залишається відкритим із часу ухвалення рішення *West Tankers*: чи підлягають визнанню судові заборони, ухвалені судовими органами ЄС в інтересах арбітражного розгляду спору? [9]

Застереження проти позову в інтересах арбітражного розгляду також застосовуються судами інших країн загальної системи права, таких як Канада, Сінгапур, Бермуди та Австралія [6, с. 65]. Деякі суди США проявляють обережність до цього механізму, але в будь-якому разі його застосують, коли паралельний процес в іноземній юрисдикції розпочатий із порушенням арбітражної угоди [6, с. 65].

Швейцарія, хоч і належить до континентальної правової системи, вважається однією з найліберальніших по відношенню до арбітражного процесу. Надя Ерк, як і більшість швейцарських науковців, вважає, що швейцарські національні суди схильні «пасивно» відхилити власну юрисдикцію, якщо сторони спору пов'язані між собою арбітражною угодою, однак суди не повинні «активно» схилити сторони до врегулювання спору в порядку арбітражу [2].

*Сценарій 2. Національний суд видає наказ для припинення арбітражного провадження*

У справі *SGS v. Pakistan* за заявою пакистанського уряду Верховний суд Пакистану видав заборону на звернення до міжнародного інвестиційного арбітражу, заперечуючи обов'язкову силу для Пакистану міжнародного інвестиційного договору зі Швейцарією. Однак Арбітраж ІКСІД не визнав судову заборону пакистанського суду. Арбітраж ІКСІД не тільки продовжив розгляд спору, але зобов'язав Уряд Пакистану повідомити пакистанський суд про стан розгляду міжнародного інвестиційного спору і про те, що Арбітраж ІКСІД зобов'язаний виконати свої повноваження щодо визначення власної юрисдикції щодо спору [10, п. 213, зноска 3]. Більше того, Арбітраж ІКСІД видав власну «заборону проти позову» на підставі статті 47 Вашингтонської конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 р. і цим рекомендував Уряду Пакистану як відповідачу утриматися від продовження розгляду в пакистанському арбітражному суді до ухвалення Судом ІКСІД остаточного рішення щодо юрисдикції.

Подібні приклади застосування національними судами застережень проти арбітражних проваджень також відомі і в контексті міжнародного комерційного арбітражу. Наприклад, у 2000 році пакистанський суд видав наказ про зупинення арбітражного провадження в справі *Hubco v. WAPDA* за правилами Арбітражного регламенту Арбітражного суду Міжнародної торгової палати. Аналогічна судова заборона була видана індонезійським судом щодо справи *Himpurna California Energy Ltd v. Republic of Indonesia*, яка розглядалася *ad hoc* арбітражем згідно з Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ.

Таким чином, у контексті міжнародного арбітражу заборони проти позову, як правило, видаються або протягом арбітражного процесу з метою перешкоджання арбітражному суду розгляду спору, або ж на кінцевій стадії арбітражного процесу – щоб запобігти приведенню у виконання арбітражного рішення (наприклад, рішення Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торгової палати у справі *KBC v. Pertamina*) [11, с. 204].

У першому випадку заборона, як правило, адресована сторонам у формі наказу припинити або призупинити арбітражний розгляд. Відомі також випадки, коли заборона спрямована безпосередньо на арбітражний суд із метою примусити суд відмовитися від повноважень здійснювати власну юрисдикцію щодо спору (справа *Salini Costruttori S.p.A. v The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority*) [11, с. 204].

Утім, як зазначає Еммануель Гайяр, судові заборони, видані національними судами проти арбітражних проваджень, не лише не довели свою ефективність, але й несуть шкоду для сторін спору, і це підтверджується практикою [11, с. 210]. Гарі Борн також ставить під сумнів законність цього виду застережень проти позову [6, с. 67].

*Сценарій 3. Арбітражний орган видає заборону на провадження в національному суді або іншому арбітражному органі*

Цей сценарій проілюстрований вище на прикладі міжнародного інвестиційного спору *SGS v. Pakistan*. Загалом існування в арбітражного органу повноважень на видання застережень проти спору не викликає сумнівів у науковців і практиків. Відповідні повноваження арбітражного органу базуються на трьох визнаних принципах міжнародного арбітражу: i) арбітр володіє юрисдикцією щодо спорів у зв'язку з порушеннями арбітражної угоди; ii) арбітр має повноваження вживати необхідні заходи для запобігання загостренню спору між сторонами; та iii) арбітр зобов'язаний забезпечити ефективність його майбутнього рішення [7, с. 308; 12, зноска 7, с. 236].

Така можливість передбачена як у випадку міжнародного комерційного арбітражу (наприклад, стаття 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж), так і у випадку міжнародного інвестиційного арбітражу (стаття 47 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 р. (далі – «Вашингтонська конвенція»)).

Разом із тим застосування застережень проти позову арбітражними органами мають свої особливості. У випадку міжнародного комерційного арбітражу арбітражний орган, зобов'язуючи сторону утриматися від участі в процесі щодо аналогічного питання в паралельному судовому процесі, діє на підставі арбітражної угоди. Разом із тим, на думку науковців, арбітражний орган не має права виключати юрисдикцію національного суду щодо спору, оскільки це обмежить право сторони на захист і порушуватиме принцип *competence-competence*, на якому ґрунтується право суду самостійно ухвалювати рішення щодо власної юрисдикції [13, с. 117, 120]. У зв'язку із цим комерційні арбітражні суди суттєво обмежені у своєму праві на вжиття запобіжних заходів у вигляді застережень проти позову.

Слід, однак, підкреслити, що така ситуація менш актуальна для міжнародного інвестиційного арбітражу у випадках, коли повноваження арбітражного органу випливають із угоди про ексклюзивний вибір форуму,

а наявність юрисдикції міжнародного арбітражного органу зумовлена відмовою позивача від позову (*waiver provisions*), закріпленою у відповідному міжнародному договорі про захист інвестицій.

У будь-якому разі, обмеженість обсягу повноважень міжнародних арбітражних органів також зумовлена відсутністю чітких критеріїв, якими повинен послуговуватися арбітр під час оцінки доцільності видання такого застереження проти позову [13, с. 124].

На думку деяких дослідників, наприклад, Себастьяна Бессона та Лорена Леві, арбітр не повинен нехтувати можливістю застосовувати забезпечувальні заходи, якщо це необхідно для полегшення виконання майбутнього арбітражного рішення. Однак при цьому арбітражний орган повинен проявляти максимальну обачність. По-перше, такий наказ не повинен обмежити право на захист сторін спору. По-друге, національні суди, які прямо або опосередковано мають відношення до такого наказу, можуть нівелювати його дію, відмовивши в подальшому у виконанні арбітражного рішення з міркувань публічного порядку або упередженості арбітра [13, с. 125].

Позиція Бессона та Леві стосується переважно для міжнародного комерційного арбітражу, однак втрачає актуальність для інвестиційних спорів. Рішення міжнародного інвестиційного арбітражу менш залежне від «волі» суду країни, де таке рішення підлягає виконанню. Передусім, це пов'язано з тим, що права та обов'язки сторін спору впливають із міжнародного інвестиційного договору, а зобов'язання держави-відповідача виконати рішення міжнародного інвестиційного суду також впливає з його міжнародно-правових зобов'язань, закріплених у відповідному міжнародному інвестиційному договорі та статті 53 Вашингтонської конвенції 1965 року [14] (у випадку розгляду спорів у рамках ІКСІД). Авторитетності застережень проти позову, виданого в порядку міжнародного інвестиційного арбітражу, також сприяє широке тлумачення «парасолькових» положень. Цей вид положень покликаний поширити сферу дії двостороннього інвестиційного договору на відносини, які регулюються приватно-правовим контрактом між іноземним інвестором та державою-реципієнтом інвестицій.

Не можна не погодитися з тим, що порівняно з національними судами арбітражні органи в цілому володіють набагато меншим арсеналом механізмів для приведення в дію забезпечувальних заходів. За винятком обмежених випадків, передбачених англійським та швейцарським законодавством [13, с. 127], арбітражні органи не можуть застосовувати до сторони, якій адресоване застереження проти позову, санкції в разі невиконання такого застереження.

У цьому контексті важко не погодитися з італійським дослідником Джованні Заррою, який ставить під сумнів ефективність цього інструменту для запобігання паралельним інвестиційним спорам, оскільки сторона спору (передусім – держава-відповідач) може просто ігнорувати заборону і розпочати паралельний спір в іншому юрисдикційному органі [15].

Як альтернатива, арбітражний орган може звернутися до національного суду з вимогою застосування санкцій до сторони, яка порушила відповідну заборону [13, с. 128]. Однак, на думку професора Сіднейського університету Вів'єн Бес, застереження проти позову є ефективними лише в межах тієї юрисдикції, до якої належить орган, який видав відповідне застереження [16]. Тому такий метод малоймовірно спрацює у випадку розгляду спору в порядку міжнародного арбітражу.

**Висновки.** У країнах загальної системи права застереження проти позову є поширеним інструментом для запобігання виникненню паралельних процесів у судових органах інших юрисдикцій. Країни континентальної системи, в т.ч. більшість держав-членів ЄС, вбачають у цьому втручання в юрисдикцію судів іноземної юрисдикції та порушення принципу *competence-competence*. У світі не склалося єдиного підходу і щодо виправданості застосування судовими органами застережень проти позову як забезпечувального заходу на користь арбітражного розгляду спору на підставі чинної арбітражної угоди. Разом із тим судові заборони, спрямовані на перешкоджання розгляду справи в порядку міжнародного комерційного та інвестиційного арбітражу, вважається неналежною практикою.

З іншого боку, арбітражний орган, який розглядає міжнародний комерційний та інвестиційний спір, також має право на видання застережень проти спору. В експертних колах переважає думка, що арбітражний орган у будь-якому випадку не повинен виключати юрисдикцію національного суду щодо спору, інакше це призведе до порушення сторони спору на захист.

Беручи до уваги особливості врегулювання міжнародних комерційних та інвестиційних спорів, міжнародні інвестиційні суди володіють більшим обсягом можливостей у застосуванні застережень проти позову в силу меншої залежності від «волі» національних судів під час виконання арбітражних рішень.

З іншого боку, як інвестиційні, так і комерційні арбітражні органи позбавлені можливості застосувати дієві санкції до сторони, яка, всупереч адресованому їй застереженню, розпочала паралельне провадження щодо тотожного або пов'язаного спору в національному суді або іншому юрисдикційному органі. Це дозволяє зробити висновок про недостатню ефективність застережень проти позову як механізму протидії виникненню паралельним провадженням у міжнародному арбітражі.

#### **Література:**

1. Ядыкин А.И. Институт «антиисковых обеспечительных мер» (anti-suit injunctions) и возможность его применения российскими судами в связи с осуществлением третейского разбирательства // Новые горизонты международного арбитража: сборник статей. 2013. Выпуск 1. С. 220–268.
2. Erk N. Parallel proceeding from a comparative European perspective: YOUNG-OGEMID sixth virtual symposium on parallel proceedings (9-16 October, 2017).
3. Regulation (EU) 1215/2012 of the European Parliament and of the Council 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments

- in civil and commercial matters. Official Journal of the European Union. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>.
4. Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc.: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009 (Case C-185/07). URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62007CJ0185>.
  5. Turnerv. Gruvet: Judgment of the Court (Full Court) of 27 April 2004 (Case C-159/02). URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-159/02>.
  6. Born G. International Arbitration: Law and Practice. Wolters Kluwer, 2012. 480 pgs.
  7. Vaitkute Pavan V. Anti-Suit Measures Granted by Arbitrators in Support to Arbitration Agreement // Новые горизонты международного арбитража: сборник статей. 2014. Выпуск 2. С. 300–329.
  8. Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 May 2015 (Case C 536/13). URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164260&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=124420>.
  9. Burianski M. Focus on the practical consequences of the ECJ's Gazprom decision (25 June 2015). URL: <https://www.whitecase.com/publications/article/focus-practical-consequences-ecjs-gazprom-decision>.
  10. SGS Société Générale de Surveillance S.A.v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/01/13): Procedural Order No. 2 of October 16, 2002. URL: <https://www.italaw.com/cases/1009>.
  11. Gaillard E. Reflections of the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. Pervasive Problems in International Arbitration: monography / Loukas A. Mistelis and Julian D.M. Lew. Wolters Kluwer, 2006. P. 201-17.
  12. Gaillard E. Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators. International arbitration 2006: Back to Basics?: ICCA Congress Series 2006 Montreal / van den Berg A.J. Wolters Kluwer, 2006. Volume 13. Pp. 235–266.
  13. Levy L. Anti-Suit Injunctions by Arbitrators. IAI International Arbitration Series No. 2 / E. Gaillard. 2005. P. 115–129.
  14. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18 травня 1965 р (набрала чинності для України 16.03.2000). URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_060](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_060).
  15. Giovanni Z. Parallel proceeding involving investment arbitration: How to deal with that?: YOUNG-OGEMID sixth virtual symposium on parallel proceedings (9-16 October, 2017).
  16. Bath M. Speech on Regulation of Parallel Proceeding in Asia: YOUNG-OGEMID sixth virtual symposium on parallel proceedings (9-16 October, 2017).

**Кривецкая О. В. Особенности применения антиисковых обеспечительных мер в контексте параллельных споров между иностранными инвесторами и государством**

**Аннотация.** Автор статьи исследует особенности применения антиисковых обеспечительных мер в контексте международного арбитража, а также дает оценку эффективности этого инструмента в целях противодействия параллельным спорам между иностранным инвестором и государством. Осуществлен сравнительный анализ применения антиисковых обеспечительных мер в международном коммерческом и инвестиционном



арбитраже. Особое внимание уделено анализу практики Европейского суда справедливости и Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД).

**Ключевые слова:** антиисковые обеспечительные меры, международный коммерческий арбитраж, международный инвестиционный арбитраж, параллельные производства, Европейский суд справедливости, ИКСИД.

**Kryvetska O. Application of the anti-suit injunctions within the context of parallel investor-state disputes**

**Summary.** The article deals with the peculiarities of application of the anti-suit injunctions in the context of international arbitration, as well as assesses the effectiveness of this instrument aimed at preventing parallel proceedings between a foreign investor and a State. The article offers a comparative analysis of the anti-suit injunctions application in international commercial and investment arbitration. Particular analysis addresses case law of the European Court of Justice and the International Center for the Settlement of Investment Disputes. When comparing international commercial and investment arbitration procedures, the author suggests that international investment tribunal possess more opportunities in order to apply the anti-suit injunctions. The case is that the international investment tribunals, unlike the commercial arbitration ones, depend to lesser extent on domestic courts when it comes to recognition of the anti-suit injunction orders. However, the author concludes by supporting the approach taken by other scholars that the anti-suit injunctions result to be a hardly effective instrument in order to prevent the parallel investor-state disputes. The author comes to such conclusion due to the lack of enforcement mechanisms (including sanction) the investment arbitration tribunal can apply against a party that initiates the parallel proceeding in violation of such anti-suit injunctions order issued by the international investment tribunal.

**Key words:** anti-suit injunction, international commercial arbitration, international investment arbitration, parallel proceedings, European Court of Justice, ICSID.