

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 341.983
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.10>

ДЕВ'ЯТКІНА М. С.,
аспірант кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ І ЗАСТОСУВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ: УМОВИ ТА ПРИНЦИПИ

Анотація. У статті визначено принципи й умови вжиття забезпечувальних заходів у межах міжнародного комерційного арбітражу. Також у статті обґрунтовано необхідність установлення чітких умов і принципів для винесення таких ухвал. У процесі аналізу принципів і умов встановлено проблемні аспекти, які наявні в механізмі забезпечувальних заходів у межах міжнародного комерційного арбітражу. Розкрито підходи до вирішення цих питань.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, забезпечувальні заходи, принципи права, надзвичайний арбітр.

Постановка проблеми. Сьогодні учасники міжнародної торгівлі, укладаючи між собою контракти, часто визначають, що будь-які спори, які виникають із цих контрактів, підлягають урегулюванню в міжнародному комерційному арбітражі. Це призводить до того, що з року в рік в арбітражних установах, що постійно діють, спостерігається зростання поданих на розгляд справ. До або під час арбітражного процесу у сторін часто з'являється потреба звернутися до засобів забезпечення, але нині принципи й умови винесення таких заходів різняться від справи до справи. Отже, постає потреба встановлення чітких принципів винесення ухвал про забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню принципів винесення ухвал про забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі присвячено низку наукових досліджень як вітчизняних, так і іноземних учених. У вітчизняній науці вивченню питання забезпечувальних заходів присвячені праці Г. Прусенко, серед робіт якої є стаття, присвячена принципам винесення ухвал про забезпечувальні заходи. Але у статті Г. Прусенко не розкрито проблемні питання, пов'язані з визначенням таких принципів, яким приділяється значна увага в даній статті. У працях іноземних учених значна увага приділяється не принципам, а умовам винесення ухвал про забезпечувальні заходи. Серед публікацій закордонних науковців на окрему увагу заслуговують праці К. Хобера, Абаскала та Франца Т. Шварца.

Мета статті полягає в розробленні чітких принципів для винесення ухвал про забезпечувальні заходи міжнародним комерційним арбітражем і в наданні тлумачення кожного із цих принципів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Оскільки арбітраж має договірну природу, то сторони спору можуть в арбітражній угоді чітко прописати повноваження арбітражу вживати забезпечувальних заходів і прописувати умови їх вжиття. Якщо сторони у своїй арбітражній угоді чітко не визначили, що арбітраж може вживати забезпечувальних заходів, то такі повноваження надаються арбітражу з огляду на обраний сторонами *lex arbitri* чи за регламентом арбітражної установи.

У Типовому законі ЮНСІТРАЛ 2006 р. [1] і в Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ 2010 р. [2], який по суті дублює положення Типового закону, за винятком положень, які стосуються винесення ухвал про забезпечувальні заходи на основі *ex parte*, детально визначено, за яких умов арбітраж може вводити такі заходи. Відповідно до Типового закону ЮНСІТРАЛ, сторона, яка робить запит для вжиття забезпечувальних заходів, повинна:

- 1) доказати, що їй можуть бути завдані збитки, якщо арбітраж не винесе відповідної ухвали;
- 2) такі збитки перевищують ті збитки, які можуть бути завдані іншій стороні;
- 3) довести наявність розумної можливості того, що сторона, яка запитує вжиття забезпечувальних заходів, виграє спір.

Варто зазначити, що в попередній версії Типового закону чітких умов прописано не було. Зараз думки вчених різняться щодо того, чи потрібні чіткі критерії вжиття забезпечувальних заходів. Одна група вчених дотримується думки, що потрібно чітко прописувати умови, аргументуючи це тим, що таким чином виробляються уніфіковані стандарти в арбітражному процесі і можна чітко визначити, на що сторони дали згоду. Інші вважають, що така визначеність не потрібна через те, що вона зменшує гнучкість арбітражу і порушує принцип безсторонності, адже однією з умов є велика ймовірність виграшу сторони, яка запитує забезпечувальний захід [3, с. 625].

Особливо великий сумнів виникає щодо третього критерію, відповідно до якого сторона, яка запитує забезпечувальні заходи, з великою ймовірністю отримає остаточне арбітражне рішення на свою користь. Наприклад, Кай Хобер вважає, що встановлення можливості успіху однієї зі сторін *prima facie* вирішує спір [4, с. 735]. Абаскал також стверджує, що вирішення, чи має сторона достатній успіх для винесення забезпечувальних заходів, розходиться зі здоровим глуздом [5, с. 764].

Беручи до уваги, що сьогодні не так багато держав використовують положення Типового закону ЮНСІТРАЛ зі змінами 2006 р. (32 юрисдикції зі 111) [6], то більш доцільно говорити про принципи винесення арбітражем забезпечувальних заходів. Отже, ухвали про забезпечувальні заходи повинні відповідати таким принципам [7, с. 127–129], як:

1. Принцип необхідності. Зазвичай у регламентах міжнародних комерційних арбітражів вказується на те, що «необхідність» є умовою вжиття забезпечувальних заходів. Сторона, яка звертається до складу арбітражу із проханням вжити забезпечувальних заходів, повинна доказати, що в разі невжиття таких заходів може настати неминуча шкода.

2. Принцип терміновості. Забезпечувальні заходи повинні бути вжиті в якомога коротший термін, інакше ухвала про забезпечувальні заходи буде неефективною. Типовий закон ЮНСІТРАЛ 1985 р. передбачає, що ухвала про забезпечувальні заходи повинна виноситися складом арбітрів. Отже, спочатку треба обрати арбітрів, лише після цього сторона може звернутися із проханням про вжиття забезпечувальних заходів. Беручи до уваги те, що на процедуру обрання арбітрів може витратитися досить багато часу, ефективність ухвали про забезпечувальні заходи різко знижується. Тому в останніх редакціях регламентів постійних арбітражних установ з'являються положення про надзвичайних арбітрів, які набули повноважень одноособово виносити ухвали про забезпечувальні заходи.

3. Принцип пропорційності. Цей принцип означає, що під час винесення ухвали про забезпечувальні заходи потрібно дотримуватися пропорційності між завданою шкодою (або шкодою, якої може бути завдано) і збитками сторони, які можуть бути завдані за вжиття забезпечувального заходу.

З вищезазначеного стає зрозуміло, що механізм забезпечувальних заходів підвищує ефективність арбітражу, але водночас їхнє застосування арбітражем викликає низку таких питань:

1. Співвідношення повноважень судів і міжнародних комерційних арбітражів виносити ухвали про забезпечувальні заходи.

2. Компетенція міжнародного комерційного арбітражу застосовувати забезпечувальні заходи.

3. Форма ухвали про забезпечувальні заходи і можливість її виконання.

4. Вжиття забезпечувальних заходів до формування складу арбітражу.

Що стосується питання співвідношення повноважень судів і арбітражів, то в більшості арбітражних регламентів закріплено право сторін звер-

татися по забезпечувальні заходи до державних судів. Незважаючи на це, іноді суди відмовляють у наданні таких заходів. Наприклад, у Сполучених Штатах Америки деякі суди відмовляють у наданні забезпечувальних заходів на підставі того, що це буде вважатися втручанням в арбітражний процес, а французькі суди проводять чітку різницю між забезпечувальними заходами, які виносяться до утворення складу арбітрів (і в такому разі забезпечувальні заходи надаються), і тими, які виносяться після формування складу арбітрів (вони можуть виноситися лише за виняткових обставин) [8, с. 108]. Також існує низка юрисдикцій, де взагалі забезпечувальні заходи можуть виноситися виключно судом, як, наприклад, у Китаї й Італії.

Щоб уникнути проблеми відмови в наданні забезпечувальних заходів із боку суду, сторонам рекомендується у своєму арбітражному застереженні вводити таке положення [8, с. 109]:

«Погоджуючись на арбітражний розгляд спору, це застереження не виключає можливості сторін звертатися за вжиттям забезпечувальних заходів до суду, який перебуває у відповідній юрисдикції, або до іншої установи, за умови дотримання процедури й інших вимог суду чи іншої установи».

Коли говоримо про компетенцію арбітражу застосовувати забезпечувальні заходи, то постає питання, яке пов'язано із правом сторони виключити право арбітражу виносити ухвали про забезпечувальні заходи. Загалом, майже всі сучасні закони про міжнародний комерційний арбітраж передбачають, що третейський суд може на прохання будь-якої сторони розпорядитися про вжиття якою-небудь стороною таких забезпечувальних заходів щодо предмета спору, які він вважає необхідними, якщо сторони не домовилися про інше [1]. Але, відповідно до принципу автономії волі сторін, ніщо не заважає сторонам домовитися про те, щоб арбітраж не мав повноважень виносити ухвали про забезпечувальні заходи, або про те, щоби такі ухвали виносилися лише за наявності низки вимог.

На практиці сторони дуже рідко виключають таке повноваження арбітражу [9], але якщо в арбітражній угоді чи в арбітражному застереженні сторони чітко прописують, що арбітраж не має повноважень виносити ухвали про забезпечувальні заходи, то в такому разі єдиним можливим варіантом отримати забезпечувальні заходи є звернення до суду.

Коли сторони у своїй арбітражній угоді взагалі нічого не згадують про повноваження арбітражу виносити ухвали про забезпечувальні заходи, це не означає, що вони виключають таке повноваження арбітражу. Навпаки, це означає, що сторони погодилися, що арбітраж матиме таке право через *lex arbitri*. Також не варто сприймати як відмову сторін від повноважень арбітражу виносити ухвали про забезпечувальні заходи, якщо сторони обирають арбітражну установу, у регламенті якої такі повноваження чітко не передбачені. У такому разі арбітражна угода розглядається як така, що надає право арбітражу виносити такі ухвали, навіть якщо це повноваження опущено в регламенті [9, с. 2455].

Крім того, якщо сторони в арбітражній угоді прописують, що забезпечувальні заходи повинні виноситися конкретним національним судом, це не означає, що вони виключають повноваження арбітражу виносити такі заходи, оскільки національний суд і арбітраж у цьому питанні мають сумісну юрисдикцію.

Отже, єдиним можливим способом виключення повноваження арбітражу виносити ухвали про забезпечувальні заходи є чітко прописана в арбітражній угоді або застереженні згода сторін на виключення такого повноваження.

Варто наголосити і на тому, що загалом вважається, що забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі повинні виконуватися сторонами добровільно, отже, принцип волі сторін не порушується. Сам арбітраж не має жодних засобів і методів примусу, на відміну від державних судів, тому сторони повинні завжди пам'ятати, що вони добровільно зобов'язали себе виконувати рішення й ухвали арбітражу. Навіть більше, сторонам спору вкрай не розумно не виконувати ухвали арбітражу, який вирішує спір по суті. У роботі Франца Т. Шварца [10] висловлюється така думка: *«Зрешистю, найбільше джерело сили примусу полягає в можливості арбітрів вирішувати спір між сторонами. Сторони намагаються постати перед арбітражем як чесні підприємці, які постраждали від нечесних дій іншої сторони спору, і тому здебільшого не бажають порушувати розпорядження, які винесені тими, кого вони хотіли запевнити у правдивості своїх правових вимог»*.

Як уже неодноразово згадувалося вище, одним із недоліків ухвал про забезпечувальні заходи, винесених арбітражем, є проблема, пов'язана з їх виконанням. Були спроби розглядати ухвали арбітражу про забезпечувальні заходи не як ухвали, а як арбітражні рішення [11, с. 636], і в такому разі вони б підлягали процедурі визнання і виконання відповідно до положень Нью-Йоркської конвенції «Про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень» 1958 р. [12]. Звичайно, доказати, що ухвала є рішенням, надзвичайно важко.

Що стосується форми винесення ухвал про забезпечувальні заходи арбітражем, то є три основні форми, у яких можуть надаватися забезпечувальні заходи [13]. Перша форма – це ухвала, що діє тимчасово. Їх можна швидше винести, зважаючи на те, що потрібно виконати менше формальностей, а також потрібно менше часу для вивчення справи [13, с. 607–609]. Головний недолік такої форми полягає в тому, що її неможливо виконати примусовим порядком [9]. Другий варіант – винести її у формі рішення і сподіватися, що воно буде виконано [11]. Ця форма винесення забезпечувальних заходів різко критикується вченими, адже тимчасові заходи не можна вважати остаточним рішенням. Простою заміною слів «ухвала» на «рішення» сутність тимчасовості не змінити. Хоча деякі науковці вважають, що ухвали про забезпечувальні заходи можна вважати рішеннями, адже вони є остаточними в контексті того, що вони мають чітко визна-

чений предмет [14]. Наприклад, Регламент JAMS передбачає, що забезпечувальні заходи можуть виноситися арбітражем у формі «частково-остаточного рішення» [15]. Логічно припустити, що таке положення націлено на те, щоби підвищити ймовірність виконання ухвал-рішень арбітражу про забезпечувальні заходи, але навряд чи суди будуть переінакшувати мету Нью-Йоркської конвенції, застосовувати її для «частково-остаточних рішень». Також недоліком цього методу є те, що остаточні рішення не так просто скасувати, як ухвали. Третя форма – це об'єднання попередніх двох – винести спочатку ухвалу, а потім вмотивоване рішення [16]. Такий підхід поєднує в собі і швидкість ухвалення і можливість виконання.

Хоча є країни, у яких ухвали арбітражу про забезпечувальні заходи не виконують, у якій би формі вони не були винесені [17, с. 885]. Наприклад, неможливо визнати і виконати такі ухвали в Італії [18, с. 1–16], оскільки в італійському Законі «Про міжнародний комерційний арбітраж» закріплено положення про те, що арбітраж не має повноважень виносити ухвали про забезпечувальні заходи.

Переходячи до питання винесення ухвал про забезпечувальні заходи до формування складу арбітражу, одразу варто зауважити, що ключовим питанням є час. Оскільки в більшості законів про комерційний арбітраж прописано, що забезпечувальні заходи можуть виноситися лише після утворення складу арбітражу, то у сторін є два варіанти вирішення цієї проблеми: або звернутися у відповідний державний суд, або, якщо це передбачено регламентом обраної арбітражної установи, просити призначити надзвичайного арбітра. Що стосується першого варіанта, то суди можуть не прийняти до розгляду заяви сторони про вжиття забезпечувальних заходів, оскільки це буде вважатися втручанням в арбітражний процес.

Висновки. Виходячи з вищезазначеного, зауважимо, що для створення послідовної практики винесення ухвал про забезпечувальні заходи в межах міжнародного комерційного арбітражу необхідно визначити чіткі критерії для винесення таких ухвал на рівні принципів права. Завдяки визнанню однакових принципів винесення ухвал про забезпечувальні заходи, однакових умов для їх винесення сторони арбітражного процесу матимуть упевненість у тому, що за відповідних обставин арбітражний суд зобов'язаний за запитом сторони постановити ухвалу про забезпечувальні заходи.

Література:

1. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, 1985 г., с изменениями, принятыми в 2006 г. / Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. *Организация Объединенных Наций*. 2006.
2. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (пересмотрен в 2010 г.) / Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. *Организация Объединенных Наций*. 2011.
3. Waincymer J. Procedure and Evidence in International Arbitration. The Hague, 2012.

4. Berg Janvanden Albert. Interim Measures by Arbitrators : Report. *International Arbitration 2006: Back to Basics?* / Kaj Hobér. The Hague, 2007.
5. Berg Janvanden Albert. The Art of Interim Measures : Comment. *International Arbitration 2006: Back to Basics?* The Hague, 2007.
6. Status UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 / United Nations Commission on International Trade Law. 2019. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.
7. Прусенко Г. Принципи застосування забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 2. С. 127–129.
8. Paulsson J. The Fresh fields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts. The Hague, 2010.
9. Gary B. Born. International Commercial Arbitration. The Hague, 2014.
10. Franz T. Schwarz. Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration. *ICC Publication*. 1993. № 519.
11. Waincymer J. Procedure and Evidence in International Arbitration. The Hague, 2012.
12. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень / ООН. 1958. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_070.
13. Lew J. Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2000. Vol. 11. № 1.
14. Public is Communication v. True North Communications Inc. *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*. 1997. URL: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1256959.html>.
15. JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures. JAMS. 2014. URL: http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_comprehensive_arbitration_rules-2014.pdf.
16. ICC Interim Award in Case 8879. *International Chamber of Commerce*. 2000. URL: http://library.iccwbo.org/content/dr/AWARDS/AW_0505.htm?l1=Bulletins&l2=ICC+International+Court+of+Arbitration+Bulletin+Vol.11%2fNo.1+-+Eng&AUTH=5d779350&Timeframe=.
17. Petrochilos G. Interim Measures under the Revised UNCITRAL Arbitration Rules. *ASA Bulletin*. 2010. Vol. 28. № 4.
18. Paulsson J. Italian Code of Civil Procedure, Book Four, Title VIII, Arbitration, Amended by Legislative Decree of 2 February 2006, № 40. *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. The Hague, 1984. Supplement 88.

Девяткина М. С. Проблема правового регулирования и применения обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже: условия и принципы

Аннотация. В статье определены принципы и условия принятия обеспечительных мер в рамках международного коммерческого арбитража. Обоснована необходимость установления четких условий и принципов для вынесения таких постановлений. В ходе анализа принципов и условий выявлены проблемные аспекты в механизме обеспечительных мер в рамках международного коммерческого арбитража. Раскрыты подходы к решению этих вопросов.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, обеспечительные меры, принципы права, чрезвычайный арбитр.

Deviatkina M. Legal regulation and application issues of interim measures in international commercial arbitration: conditions and principles

Summary. The paper defines the principles and conditions for the adoption of interim measures in the framework of international commercial arbitration. According to UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (with amendments adopted in 2006), The party requesting an interim measure shall satisfy the arbitral tribunal that: harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and there is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. This paper gives analyses of these conditions and proves that clearly defined conditions for adoption of interim measures are important for effective operation of international commercial arbitration system. After explanation of conditions for issuance of interim measures, the paper gives list of principles on which decision on interim measures should be based. Such principles include: necessity principle, principle of urgency and principle of proportionality. Analyses of such principles gave raise to the following questions: powers ratio of courts and international commercial arbitration to make decisions on security measures; competence of international commercial arbitration to apply interim measures; form of the decision on security measures and the possibility of its performance; performance of interim measures before the composition of the arbitration court. All these issues are reviewed in the paper.

Key words: international commercial arbitration, interim measures, principles of law, emergency arbitrator.