

Елена Перепелинская

**Юрист&Закон
08.06.2011 – 14.06.2011, № 23**

Обеспечительные меры в арбитраже

Современные реалии международной коммерции таковы, что добровольное исполнение решений международных коммерческих арбитражей стороной, против которой оно вынесено, стало скорее исключением из общего правила. Особенно это касается развивающихся юрисдикций, в которых общий уровень коммерческой культуры в силу исторических, юридических и ряда других причин оставляет желать лучшего. Нежелание недобросовестных должников платить долги подталкивает их порой к достаточно радикальным шагам по недопущению исполнения арбитражного решения вплоть до ликвидации собственной компании. Подобная практика, естественно, не добавляет инвестиционной и коммерческой привлекательности соответствующим юрисдикциям и вызывает серьезную обеспокоенность у добросовестных участников международной торговли. Одним из механизмов защиты интересов последних, а также обеспечения исполнимости будущего арбитражного решения являются обеспечительные меры в арбитраже.

Несмотря на усилия мирового сообщества, направленные на унификацию национального законодательства в этой сфере и соответствующее повышение эффективности таких обеспечительных мер, данный вопрос до сих пор является одним из самых сложных и проблемных в сфере международного коммерческого арбитража в целом.

Подтверждением значимости данного вопроса на международном уровне является разработка и принятие в 2006 году Комиссией ООН по международному торговому праву (ЮНСИТРАЛ) изменений к Типовому закону о международном торговом арбитраже («Типовой Закон»), касающихся различных аспектов обеспечительных мер в арбитраже. Значение Типового Закона для международного арбитража в целом также сложно переоценить, так как именно на его основе (как в первоначальной редакции 1985 года, так и с изменениями, принятыми в 2006 году) разработано арбитражное законодательство десятков стран мира, включая и Украину, и именно он является отображением международных стандартов и общепризнанных подходов по тем или иным вопросам международного арбитража.

В большинстве стран, чье законодательство основано на Типовом Законе, стороны арбитражного разбирательства могут обратиться с заявлением о принятии обеспечительных мер или в (1) государственный суд (ст. 9 Типового закона), или в (2) арбитражный суд, которому передан на рассмотрение соответствующий спор (ст. 17 Типового закона).

У этих двух альтернатив есть существенные различия, в первую очередь, относительно порядка и сроков их реализации, а также «набора» обеспечительных мер, которые могут быть приняты государственными и арбитражными судами.

В государственный суд можно обратиться не только после инициирования арбитражного производства, но, как правило, и до того. В последнем случае речь идет о предварительных обеспечительных мерах. Государственные суды, рассматривая вопрос о принятии обеспечительных мер, в том числе и предварительных, в поддержку третейского разбирательства, руководствуются предписаниями соответствующего процессуального законодательства, и, как правило, могут принять решение о применении тех же мер, которые предусмотрены и для обычных судебных разбирательств, включая, например, арест имущества ответчика. Наконец, выполнение решений государственных судов по этим вопросам обеспечивается государственным принуждением. При этом, однако, не в каждой стране существует возможность получить в государственном суде обеспечительные меры в поддержку иностранного арбитража.

Обращение же в арбитражный суд с заявлением о принятии обеспечительных мер возможно только после инициирования соответствующего арбитражного разбирательства. Регламенты подавляющего большинства арбитражных институтов мира предусматривают, что такие заявления могут рассматриваться составом арбитражного суда после завершения его формирования. Поскольку последнее может занимать несколько месяцев, по истечении которых такие меры уже могут и не иметь практического смысла, некоторые арбитражные институты начали внедрять специфические механизмы, позволяющие осуществить принятие мер арбитражным судом на ранних стадиях арбитражного разбирательства. Примерами этого являются «чрезвычайные арбитры» («emergency arbitrators»), предусмотренные соответствующими Регламентами SCC, SIAC и др., «доарбитражные третейские судьи» («pre-arbitral referee»), предусмотренные соответствующим Регламентом ICC. В некоторых арбитражных институтах полномочиями выносить решения о принятии мер предоставлено также их административным органам (например, Председателю МКАС при ТПП Украины). Что касается существа таких решений, то арбитражные суды могут лишь обязать ту или иную сторону арбитражного разбирательства предоставить соответствующее обеспечение и не могут делать обязательные предписания для каких-либо третьих лиц, включая государственные органы.

Типовой закон с изменениями, принятыми в 2006 году, содержит ориентировочный перечень обеспечительных мер, которые до вынесения окончательного решения по делу может потребовать арбитражный суд от той или иной стороны:

- (А) поддерживать или восстанавливать статус-кво до разрешения спора;
- (Б) принять меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного ущерба или ущерба самому арбитражу или воздержаться от принятия мер, которые могут причинить такой ущерб;
- (В) предоставлять средства для сохранения активов, за счет которых может быть исполнено последующее арбитражное решение,
- (Г) сохранять доказательства, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для урегулирования спора.

Такой подход к принятию обеспечительных мер арбитражем и описанные выше ограничения объясняются природой арбитража и, соответственно, полномочий арбитражного суда, основанных на арбитражном соглашении сторон. Последние же обуславливают и специфику исполнения таких мер (или в добровольном порядке или через государственный суд). При этом, однако, далеко не во всех странах существуют положения законодательства, позволяющие принудительно исполнить через государственных суд постановление арбитражного суда о принятии обеспечительных мер.

В Украине на сегодня отсутствуют процессуальные нормы, которые позволяли бы реализовать возможность обращения за обеспечительными мерами в государственный суд, как это предусмотрено ст. 9 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», или, по крайней мере, принудительную реализацию соответствующих постановлений арбитражных судов по этим вопросам, принятых в порядке ст.17 указанного закона. Также не предусмотрена возможность принудительного исполнения через государственный суд постановлений Председателя МКАС при ТПП Украины, возможность принятия которых предусмотрена Положением о МКАС (Приложение №1 к Закону Украины «О международном коммерческом арбитраже»). Данные решения, принятые административным органом суда, а не арбитрами по делу, по своей природе не подпадают под сферу применения ст.17 указанного закона и нуждаются в отдельном процессуальном регламентировании.

Масштаб проблемы отсутствия описанных выше процессуальных норм намного больше, чем может показаться на первый взгляд. Отсутствие возможности принять и эффективно реализовать обеспечительные меры в арбитраже существенно снижает уровень исполняемости арбитражных решений в Украине в целом, поскольку к моменту получения исполнительного листа иностранным кредитором у украинских должников, если они еще не успели ликвидироваться, зачастую уже отсутствуют активы, необходимые для исполнения соответствующих арбитражных решений. Такая ситуация существенно влияет на так называемые индикаторы арбитражного разбирательства (Arbitrating Commercial Disputes Indicators), по которым, среди прочего, оцениваются инвестиционные риски и инвестиционная привлекательность Украины по системе оценки, разработанной Группой Всемирного Банка.

Подводя итог к вышесказанному, хочется выразить надежду, что украинский парламент обратит внимание на данную проблему и займется ее скорейшим решением.