

## Условия принятия обеспечительных мер чрезвычайным арбитром

Научный руководитель – Кучер Алёна Николаевна

*Солдатенкова Наталия Юрьевна*

*Аспирант*

Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова, Юридический факультет, Кафедра гражданского права, Москва, Россия  
*E-mail: nataliia.soldatenkova@mail.ru*

Чрезвычайный арбитр — это третье лицо, назначаемое арбитражным учреждением по заявлению стороны до формирования третейского суда и обладающее полномочием принять обеспечительную меру, в которой есть срочная необходимость [1].

Принятие обеспечительных мер чрезвычайным арбитром, таким образом, представляет собой процедуру, основанную на соглашении сторон, в ходе которой беспристрастное третье лицо, назначенное другим беспристрастным третьим лицом (как правило, арбитражным учреждением) на определенный срок по заявлению одной из сторон, поданному до формирования третейского суда, принимает решение о принятии обеспечительной меры [2].

Арбитражные регламенты обычно оставляют чрезвычайному арбитру свободу усмотрения в отношении критериев, применимых к заявлениям об обеспечительных мерах, поскольку их исчерпывающий перечень отсутствует [3; 4]. Определение конкретных критериев, таким образом, относится к дискреции чрезвычайного арбитра [5; 6]. В этой связи для выявления условий принятия обеспечительных мер чрезвычайным арбитром целесообразно обратиться к сложившейся практике с учетом отдельных различий между арбитражными регламентами.

Практика показывает, что чаще всего чрезвычайные арбитры обосновывают применение критериев принятия обеспечительных мер ссылками на практику международных коммерческих арбитражей [7; 8]. С учетом конфиденциального характера международного коммерческого арбитража источниками такой практики могут выступать Типовой закон и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, публично доступные решения инвестиционных арбитражей, а также отчеты различных арбитражных учреждений о практике чрезвычайных арбитров по соответствующим регламентам. В отчете МТП отмечено, что некоторые чрезвычайные арбитры обосновывали применение определенных критериев для принятия обеспечительных мер ссылками на «общие правовые принципы» и «международные правовые источники» [7]. Представляется, что указанные ссылки используются чрезвычайными арбитрами, чтобы обобщить многочисленные используемые источники, которые, как правило, содержат идентичные положения в части стандартов, подлежащих применению. Примечательно, что практика чрезвычайных арбитров, действующих на основании различных арбитражных регламентов, преимущественно однородна в части критериев принятия обеспечительных мер. Наибольшее внимание уделяется критериям вероятности успеха по существу спора, неотвратимого ущерба и срочности (зачастую последние два критерия рассматриваются совместно, а также с учетом критерия баланса интересов сторон — см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ).

Одним из ключевых критериев для чрезвычайного арбитра является установление prima

facie вероятности успеха заявителя по существу спора. На практике от заявителя, как правило, требуется, чтобы он обосновал наличие «хороших», «разумных» или «достаточных» шансов на победу в споре, так как, как указал состав арбитража по делу *Maffezini v. Spain*, «до тех пор, пока состав арбитража не вынес решение по существу, никто не может с уверенностью сказать, каким был бы исход» [9].

Степень «вероятности», которую требуется показать заявителю, является одним из наиболее дискуссионных аспектов принятия обеспечительных мер. Применение данного критерия в практике чрезвычайных арбитров не однородно [10]. Тогда как одни чрезвычайные арбитры отмечали, что для соблюдения данного критерия достаточно показать наличие у искового требования предмета и основания, другие чрезвычайные арбитры применяли более высокий стандарт, требующий от истца доказать, что у него есть «разумные» шансы на удовлетворение требований по существу [11]. Представляется, что более низкий стандарт, как правило, является более приемлемым для принятия обеспечительных мер чрезвычайными арбитрами, учитывая сжатые сроки, а также то, что у чрезвычайного арбитра отсутствуют полномочия разрешать спор по существу, что означает, что стороны не смогут, да и не должны предоставлять все доказательства в поддержку исковых требований в рамках рассмотрения заявления о принятии обеспечительных мер.

Другими важными критериями для принятия обеспечительных мер чрезвычайным арбитром являются срочность и риск неотвратимого ущерба.

Критерий срочности признается в качестве универсального, так как процедура чрезвычайного арбитра применяется только к «очевидно срочным мерам» [12]. В силу своих целей институт чрезвычайного арбитра рассчитан только на те случаи, когда присутствует срочная необходимость в принятии обеспечительных мер. В связи с этим срочность в контексте процедур чрезвычайного арбитра следует толковать как то, что принятие обеспечительной меры не терпит отлагательства до формирования третейского суда. Когда чрезвычайные арбитры применяют данный критерий, они оценивают вероятность, с которой риски, на которых основано заявление об обеспечительных мерах, могут материализоваться даже до того, как такая обеспечительная мера была бы принята составом арбитража.

Для удовлетворения критерия неотвратимого ущерба заявитель должен доказать, что в случае, если в принятии обеспечительной меры будет отказано, ему будет причинен ущерб, который не может быть возмещен материально, например, путем присуждения компенсации [12]. При этом третейские суды принимали во внимание не только сам характер ущерба, но и, если такой ущерб теоретически может быть возмещен, сложность и фактическую возможность взыскать убытки с ответчика. Например, во внимание принималась «враждебность» судов государства ответчика по отношению к истцу, а также действия ответчика, направленные на сокрытие активов [13].

Некоторые третейские суды отмечают, что критерий неотвратимого ущерба является чрезмерно завышенным, так как «присуждение денежной компенсации, хотя бы теоретически, может возместить все коммерческие убытки», и должен толковаться именно как критерий «серьезного» или «существенного» ущерба [14]. В противном случае обеспечительные меры, в особенности, принимаемые чрезвычайным арбитром, станут недостижимы на практике. Многие чрезвычайные арбитры придерживались именно этого подхода [7].

## Источники и литература

- 1) F.G. Santacroce, The emergency arbitrator, *Arbitration International*, Vol. 31 No. 2, 2015, p. 290.
- 2) L. Beisteiner, To Be or Not to Be an Arbitrator — On the Nature of Emergency Arbitration // *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020. Ch. III: The Award and the Courts* / Ed. by C. Klausegger, P. Klein, F. Kremslehner, et al. Wien, 2020, p. 295.
- 3) A. Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, p. 160.
- 4) G. Hanessian, A. Dosma, Songs of Innocence and Experience: Ten Years of Emergency Arbitration, *American Review of International Arbitration*, No. 27, 2016, p. 227.
- 5) The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer, P.L. Shaughnessy, S. Tung (eds), Kluwer Law International, 2017, p. 346.
- 6) G. Born, *International Arbitration: Cases and Materials*, Kluwer Law International, 2015, pp. 882-883.
- 7) Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, p. 23.
- 8) J. Ragnwaldh, F. Andersson, C. E. Salinas, *A Guide to the SCC Arbitration Rules*, Kluwer Law International, 2019, p. 181.
- 9) Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No. 2, 28 October 1999, URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0477.pdf> (дата обращения: 12.05.2024), para. 20.
- 10) K-Y. Kim, B. Satish, Legal Criteria for Granting Interim Relief In Emergency Arbitration Proceedings: Where Are We Now and Where Do We Get From Here?, in N. Kaplan, M.J. Moser (eds.), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, Kluwer Law International, 2018, p. 181.
- 11) The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer. P. 108-109; E. Storskrubb, Chapter 8: Emergency Arbitration: A Maturing and Evolving Procedure // *Stockholm Arbitration Yearbook 2020, Vol. 2*, / Ed. by A. Calissendorff, P. Schöldström. Kluwer Law International, 2020, p. 120.
- 12) S. R. Garimella, P. Sooksripaisarnkit, Chapter 5: Emergency Arbitrator Awards: Addressing Enforceability Concerns Through National Law and the New York Convention // *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* / Ed. by K. F. Gomez, A. M. Lopez- Rodriguez. Kluwer Law International, 2019, p. 70.
- 13) Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 3, 18 January 2005, URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0865.pdf> (дата обращения: 12.05.2024), para. 8; G. Born, Op. cit. p. 2471.
- 14) X SARL (Lebanon) v Y AG, (Germany), ICC Arbitration (Berne), Procedural Order No 3, 4 July 2008, para. 21.
- 15) S. Baker, M. Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, pp. 139-140.