

# МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 341.9

Левандовски Е. Н.

## ТОРПЕДИРУЮЩИЙ ИСК КАК РАЗНОВИДНОСТЬ FORUM SHOPPING В ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА Часть II: реформа и декрет ЕС № 1215/2012

*Статья посвящена пересмотру концепции о подсудности после реформы Декрета ЕС № 44/2001. Особое внимание уделено проблеме злоупотребления правом в рамках forum shopping практики и его частного случая торпедирующего иска в правовом поле Европейского Союза. Рассмотрены возможные варианты устранения недостатков предыдущей редакции декрета с позиции de lege lata и de lege ferenda.*

**Ключевые слова:** коллизионное право, гражданское процессуальное право, европейское союзное право, гармонизация права, злоупотребление правом, торпедирующий иск, параллельный иск, подсудность, компетентность суда, forum shopping, Декрет ЕС № 44/2001, Декрет ЕС № 1215/2012.

Гармонизация права в рамках Европейского союза была и есть одной из наиболее ключевых проблем во взаимодействии его членов, без разрешения которых само будущее союза может стоять под вопросом. Так, результатом не до конца скоординированной политики в области гармонизации права на просторах ЕС стал отход европейского законодателя от её полной к её частичной реализации, что в свою очередь создало благоприятную почву для роста коллизий между национальными законодательствами при их взаимодействии на супранациональном уровне. Особенно остро эти противоречия проявились в злоупотреблении правом и массовом применении практики forum shopping и его частного случая торпедирующего иска. Предложенная реформа Декрета ЕС № 44/2001 (далее - Брюссель I-ДЕ) должна была если не исправить сложившееся положение вещей, то хотя бы сократить возможности применения подобных злоупотреблений.

Представленный обзор фундаментальных **исследований и публикаций** зарубежных авторов, таких как Дж. Антомо (J. Antomo), (Domej), Я. Ф. Диклер (J. F. Dickler), Г. Гроте (H. Grothe), Т. Хартлей (T. Hartley), Б. Хесс (B. Hess), Я. Фон Хайн (J. Von Hein), Р. М. Янал (R. M. Janal), М. Францози (M. Franzosi), М. Клөпфер (M. Klöpfer), М.-Р. МакГир (M.-R. McGuire), М.-Л. Нибойет (M.-L. Niboyet), К. Шмель (Ch. Schmehl), Й. Шмидт (J. Schmidt), К. Толе (Ch. Thole), К. Вадлов (Ch. Wadlow), в полной мере позволяет не только описать сложившуюся проблематику, но и представить возможные варианты её решения как в рамках de lege lata, так и de lege ferenda.

**Целью** второй части статьи является очерк критических замечаний и предложений по торпедной проблематике после реформы Брюсселя I-ДЕ.

### 1. Подсудность после реформы.

Определенные изменения в Декрет ЕС №1215/2012 (далее – Брюссель Ia-ДЕ) были привнесены после ревизии и пересмотре ст. 27 Брюссель I-ДЕ. В новой редакции статья 29 Брюсселя Ia-ДЕ должна была по своей сути свести на нет использование торпедирующей тактики и разрешить данную проблему окончательно.

Однако, неожиданным стало то, что после внесения изменений, акцент был смещён лишь на установление границ применения принципа *lis pendens* (абз. 2 ст. 31 Брюсселя Ia-ДЕ), поставив тем самым с ног на голову правила старой редакции Декрета.

Помимо этого, в случае имеющейся договоренности о подсудности между участниками процесса (ст. 25 Брюсселя Ia-ДЕ), заложенный *принцип приоритета* в абц. 1 ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ перебивался в пользу другого суда из государства-члена ЕС.

Принимая во внимание абц. 3 ст. 31 Брюсселя Ia-ДЕ, возникла следующая процессуальная конструкция: признание одного суда не компетентным и объявление другого суда компетентным.

## 2. Оценка.

Несмотря на реформы, осталась не тронутой *аксиома равнозначности юстиций государств-членов ЕС и принцип взаимного доверия*. В новой редакции предусматривалось устранение препятствий на пути позднее призванного суда при условии, что есть соглашение о подсудности между сторонами. В этом случае, первично призванный суд лишался компетенции к проверке своей компетенции, поскольку она выходила за рамки *prima facie* контроля. В этом случае, последовательность вступления судов в процесс не играет никакой роли. Тем не менее ключевым остается установление компетентным судом факта недействительности соглашения о подсудности.

Стоит отметить, что ранее Европейский Суд не делал исключения из принципа приоритета, однако новая редакция Декрета изложила новое понимание соглашения о подсудности.

Фактически новообразованная концепция совершила переворот в понимании сложившегося правила приоритета, развернув его старое трактование на 180°. И то, что ранее служило аргументом для отказа по *делу Гассера*, сегодня легло в основу торпедирующего иска в рамках той же ст. 27 Брюсселя I-ДЕ (ныне ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ).

Вместе с тем, остается достаточно сомнительное впечатление от реформы. Во-первых, сохраняется возможность затяжного процесса. Во-вторых, возникает угроза “саботажа” иском уже со стороны ответчика – физического лица (см. 4.2), который может выступить с *встречным торпедирующим иском* уже как истец. Новые условия позволяют ему получить стратегическое преимущество. Допускается, что такой истец – физическое лицо сперва дожидается результата отрицательного иска о признании и лишь затем подаст иск об исполнении обязательств, если принятое первичное решение не соответствует желаемому результату. В подобной ситуации достаточно простого заявления от истца, чтобы заблокировать нахождение дела в судопроизводстве, что открывает возможность применения торпедирующей тактики в обратном направлении.

В конечном счете после реформы установилось лишь частичное решение проблемы – блокировка рассмотрения дела, поскольку только исключительное соглашение о подсудности и в состоянии опрокинуть торпедирующий иск.

Тем не менее, это не исключает автоматически и другие возможные варианты для злоупотребления правилами.

Дословный ← перевод с немецкого	Abs. 3 ART. 31 VERORDNUNG(EU) Nr. 1215/2012	Pas. 3 art. 31 REGULATION (EU) No 1215/2012	→ дословный перевод с английского
С момента установления судом, <b>указанного</b> в договоренности [своей] <b>компетенции</b> согласно договору, — суды другого государства-участника <b>объявляют себя не компетентными</b> в пользу данного суда.	<i>Sobald</i> das in der Vereinbarung <i>bezeichnete</i> Gericht die <b>Zuständigkeit</b> gemäß der Vereinbarung festgestellt hat, erklären sich <i>die</i> Gerichte des anderen Mitgliedstaats zugunsten dieses Gerichts für <b>unzuständig</b> .	<i>Where</i> the court <i>designated in the agreement</i> has established <b>jurisdiction</b> in accordance with the agreement, <i>any</i> court of another Member State shall decline <b>jurisdiction</b> in favour of that court.	<b>Где</b> суд, <b>обозначенный</b> в договоре, установил <b>юрисдикцию</b> в соответствии с договором, <b>любой</b> суд другого государства-участника <b>должен отклонить юрисдикцию</b> в пользу этого суда.

В качестве примера, можно привести искажение правовых категорий. Такое возможно, когда при переводе Декрета на языки ЕС выбранные синтаксические единицы будут функционировать неверно. Для юристов, которые работают с текстом только на одном языке, такая проблема никогда не бросится в глаза. Но, для тех, кто работает в области сравнительного правоведения, смысловая нагрузка выбранных синонимов в переводах повод для дискуссии, поскольку юрисдикция – это пространственные и временные пределы компетенции конкретного органа, а компетенция – строго оперённый круг вопросов входящих в полномочия органа.

Подобные разночтения европейской документации способны обострить национальное восприятие правовых доктрин. Порой, в литературе эскалация мнений ведущих специалистов достигает самостоятельной интерпретации. Дабы избежать подобное на практике и сгладить возможную конфликтность, Европейский Суд выбирал французский вариант текста Декретов в качестве мерила. Придерживание такой позиции в судебной практике вывело французскую правовую доктрину на уровень источника европейского союзного права.

### **3. Обязательство к предоставлению информации.**

С целью минимизации негативного компонента принципа взаимного доверия в случае с торпедирующим иском Европейский Суд отвёл особое место обязательству к предоставлению информации. Согласно общему правилу, закреплённому в абц. 2 ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ, первично призванный суд обязан по требованию других позднее призванных судов незамедлительно предоставить им информацию: с какого момента, в соответствии со ст. 32 Брюсселя Ia-ДЕ, он был призван.

Однако, ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ (Проекта) имела не столь простую формулировку, по сравнению с тем, какой она утвердилась позже. Отсюда, собственно, и нарушалась задуманная схема проверки данной статьи. Изначально предполагалось, что первично призванный суд в течении шестимесячного срока должен был принять решение о своей компетенции. Примечательно, что по представлению комиссии (нем. *Kommissionsentwurf*) это правило должно было затронуть лишь те случаи, которые попадали под абц. 1 ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ (Проекта) [81].

Предусматривалось, что под регулирование абц. 2 ст. 32 Брюсселя Ia-ДЕ (Проекта) должны были подпасть и сроки. Первоначально задумывалось и сокращение сроков, если бы в случае их проверки устанавливалось: 1) наличие уже существующего соглашения о подсудности; 2) исключительная подсудность суда (нем. *prorogierter Gericht*); 3) недействительность соглашения о подсудности со стороны призванного суда. Однако, по оценке комиссии перечисленные обстоятельства приводили бы к блокировке процесса в суде, установившем свою компетенцию для этого. Не меньшей критики подвергся и сам термин “нестандартные обстоятельства” (нем. *außergewöhnliche Umstände*), поскольку он допускал всевозможные спекуляции. Но самым большим упущением считалось отсутствие санкционных механизмов в подобных случаях.

Комиссия усматривала преткновение сроков как затруднение для торпедирующего иска. К сожалению, ей не удалось оптимально оформить статьи так, чтобы не допустить блокирование находящегося в процессе дела и одновременно избежать в будущем “крысиных бегов” между сторонами в поисках подходящего суда.

### **4. Варианты защиты от торпедирующих исков.**

Поскольку сложившееся положение вещей вредило механизму правовой защиты, то назрела необходимость реальной защиты от торпедирующих исков на практике. Анализ публикаций в научной литературе, в предложениях и в проектах непосредственно самого европейского законодателя не показал наличие оптимального решения проблемы. Существующие предложения довольно затруднительно собрать в единую классификацию, поскольку значительная часть их лежит в области *de lege lata* или *de lege ferenda*. Тем не

мене, большинство предложений стоит рассмотреть, в надежде, что законодатель всё же придет к полной гармонизации права в ЕС.

#### 4.1 Контратака на негативный иск о признании.

Зачастую первой реакцией на атаку является стремление побыстрее решить проблему по месту ее возникновения. В случае с торпедирующим иском, речь пойдет о контратаке на негативный иск о признании в первично призванном суде, где в качестве причины названо будет нарушение запрета на недобросовестное применение права (нем. Verstoß gegen das Missbrauchsverbot).

В литературе бытует мнение, что в рамках **принципа взаимного доверия** (нем. Prinzip des gegenseitigen Vertrauens) необходимо реализовывать своё право подачи искового заявления. Подобное воспринимается как лучшее средство защиты от торпедирующего иска, но практическая реализация неясна.

Прежде всего, по той причине, что ни суды, ни законодатель не придерживаются позиции: только первично призванный суд обладает единоличным правом, проверять свою компетенцию. На практике это приводит к конфликту при вынесении решения - между первично и вторично призванными судами. При контроле от недобросовестного применения права на вторично призванный суд не возлагается обязательство проверки компетенции первично призванного суда в этой связи.

Использование данной защитной тактики сравнимо с пирровой победой. Проблема в том, что первично призванный суд, с большой долей вероятности, не примет в скором времени решения относительно своей компетенции. По той причине, что законодатель не ограничил его в этих сроках.

Как обоснование возникшей компетенции суда, хотя он изначально не обладал на это компетенцией, будет считаться принятие иска кредитора в данном суде в соответствии с предл. 1 абз. 1 ст. 26 Брюсселя Ia-ДЕ. С одной стороны, кредитор видится заложником ситуации, с другой – успешным взыскателем (если он действует с целью недопущения признания компетенции другого суда, воспользовавшись отсутствием возражений к отзыву иска (нем. rügelose Einlassung)). Парадокс всей этой ситуации заключается ещё и в том, что из-за отсутствия привязки к “предмету спора” возникшие судебные издержки будут взысканы с кредитора.

В результате следует признать данный вариант непродуктивным.

#### 4.2 Установление границ для физического лица (!)

В национальном законодательстве стран континентального права действует территориальная привязка рассмотрения дела, такое положение выработалось из судебной практики с целью не предоставить каких-либо преимуществ в выборе подсудности любому участнику процесса в принципе [76; 68].

Но оказавшись в едином европейском пространстве положение о подсудности по выбору позволяет воспользоваться законодательной уязвимостью, исходя из аксиомы о равнозначности юстиций всех государств-членов ЕС.

Так, ранее ею пытались воспользоваться юридические фирмы, а в деле *Reisch Montage* была осуществлена попытка перетянуть юрисдикцию в государство по месту прописки ответчика-физического лица, где он, подав первым заявление, из ответчика становился истцом по негативному иску о признании.

Таким образом, возникла угроза подачи торпедирующего иска уже со стороны любого физического лица.

Конечно, в рамках закрытой национальной системы права подобная подача будет признана юрисдикцией чужого государства недопустимым действием, поскольку подсудность создает привязку к делу. Но, в рамках минимальной гармонизации права ЕС подобная ситуация стала возможной.

В этом ключе в литературе возникает дискуссия о проблемах злоупотребления правом в рамках европейского союзного права, особенно из-за угрозы свести весь процесс

лишь к разбирательству одного конкретного аспекта дела. Подобное кажется немислимым.

Такая дискуссия в правовой литературе лишь отразила состояние европейского процессуального права до реформы Брюсселя I-ДЕ, когда в *деле Reisch Montage* истец получил запрет на подачу такого рода искового заявления на основании, что определенно позволяет индицировать это как *оговорку о недобросовестности* (нем. *Missbrauchsklausel*) [73]. Некоторое время оставался спорным вопрос о возможности нарушить запрет на недобросовестное применение права в данной ситуации.

Отметим, что в своих поздних решениях Европейский Суд больше не придерживался данной позиции. [74]

Не вызывает удивления и то, что после реформы создано такое понятие как *связанность взаимных претензий кредитора и должника* (нем. *Konnexität*) (в рамках ст. 8 №. 1 Брюсселя Iа-ДЕ), которое не требовало никаких дополнительных оговорок о недобросовестности.

Более того, именно после реформы, исходя из правил ст. 7 № 2 и ст. 8 Брюсселя Iа-ДЕ, первично призванный суд должен занимать отстранённую позицию в вопросе своей компетенции до момента окончательного прояснения вопроса о недобросовестности применения компетенции [79; 80].

Такая позиция Европейского Суда абсолютно объяснима: споры о компетенции могут привести к негативным последствиям в системе судов в рамках ЕС [69].

Добавим, что именно реформа позволила особо компетентным судам некоторых государств признавать их интернациональную компетентность, исходя из положений ст. 7 №. 2 Брюсселя Iа-ДЕ. Подтверждение тому можно найти и в решениях Европейского Суда в вопросах равноправия особой юрисдикции [70; 77].

Подводя итог можно констатировать, что введение ограничений по *выбору права* (нем. *Forumswahl*) истцу – физическому лицу не даёт гарантии защиты от встречного торпедирующего иска.

Поэтому в правовой литературе утвердилось мнение, что такой подход не принесёт должных результатов.

#### **4.3. Ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и абц. 2 ст. 47**

##### **Хартии Европейского союза по правам человека.**

В европейском каталоге основных прав законодателем было уделено особое внимание *противодействию произволу в судебном производстве*, что нашло свое отражение в “Праве на справедливое судебное разбирательство” ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – ЕКПЧ). Данное положение абсолютно обосновано позволяет рассматривать его как возможный вариант защиты от торпедирующего иска. Это справедливо и по отношению к ст. 47 абц. 2 Хартии Европейского союза по правам человека, которая выступает *гарантом соблюдения разумных сроков судопроизводства*.

В правовой литературе широко представлена позиция, что запрет на нахождение дела в судопроизводстве (нем. *Rechtshängigkeit*) возможно убрать посредством смягчения принципа приоритета ст. 29 Брюсселя Iа-ДЕ, если первично призванный суд перешагнул временные границы настолько, что это однозначно можно классифицировать как нарушение запрета на превышение сроков судопроизводства (нем. *Verstoß gegen das Verbot überlanger Verfahrensdauer*).

Здесь важен сам факт, что типичное указание на продолжительность процесса в некоторых государствах-членах ЕС не допустимы [72]. Фактически это ведет к *конфликту с принципом правовой безопасности* (нем. *Prinzip der Rechtssicherheit*), когда трактование норм попадает в зависимость от конкретного случая.

Поскольку ст. 6 ЕКПЧ и абц. 2 ст. 47 Хартии Европейского союза по правам человека выступают гарантом соблюдения минимальных гражданско-правовых

стандартов, то перенос данных норм в качестве защиты от торпедирующего иска невозможен. Предложенное решение в правовой литературе контрпродуктивно.

Однако, в случаях, когда процесс отягощен чрезмерной продолжительностью, то лишь органам внутригосударственной юстиции и Европейского суда по правам человека [64] допустимо опираться на ст. 6 ЕКПЧ.

#### **4.4 Судебный запрет на проведение процесса в другой юрисдикции (anti-suit injunction).**

Несмотря на то, 2019 год ознаменован годом выхода Великобритании из ЕС, все же примем во внимание существующее в правовой литературе предложение о заимствовании правовых механизмов из обычного права в качестве возможного решения сложившейся проблематики.

Причиной использования *anti-suit injunction* вместо *forum non conveniens* является возможность установить истцам персональный запрет на участие в процессе, в том случае, если изначально задумано искусственно затянуть процесс в некомпетентном для рассмотрения данного дела суде, дабы не допустить его рассмотрения по существу в компетентном для этого суде.

Примечательно, что сама схема двухсторонняя и применима как в отношении истца, так и в отношении ответчика.

Легализация правоприменительной практики *anti-suit injunction* в европейском правовом праве напрямую связана с практикой английских судов, которые тем самым выступают за запрет на ведение процесса не в отношении какого-либо конкретного суда в другом государстве-члене ЕС, сколько целенаправленно выступают против одной из сторон процесса.[71] В этом случае, сторона, попавшая под подобный запрет, имеет право либо принять *anti-suit injunction* со всеми вытекающими из этого последствиями, либо продолжить процесс за рубежом.

Однако, логика правоприменительной практики английских судов не нашла поддержку со стороны Европейского Суда, с указанием на несовместимость *anti-suit injunction* с принципами Брюсселя Ia-ДЕ. [75] Прежде всего это затронуло запрограммированный в этой связи конфликт с *принципом двухстороннего доверия* (нем. Prinzip des gegenseitigen Vertrauens), поскольку недопустимо было, чтобы один суд принимал решения о компетентности суда другого государства-члена ЕС.

По своей совокупности все выше сказанное исключает *anti-suit injunction* из возможных вариантов решения данной проблемы.

#### **4.5 Меры по обеспечению иска.**

Привлечение мер по обеспечению иска представляется весьма логическим решением торпедной проблематики. Позиция о том, что меры по обеспечению иска безболезненно увязываются с *аксиомой о принципе доверия в европейском правовом пространстве*, сыскала в литературе немало своих сторонников.

Основанием для применения мер по обеспечению иска является ст. 35 Брюсселя Ia-ДЕ, в котором оно нашло свое закрепление, с той целью, чтобы не допустить зависимость от призванного суда в вопросе компетенции между введением предварительных мероприятий и рассмотрением дела по существу.

С помощью мер по обеспечению иска кредитор ищет защиту в суде своей страны от должника, подавшего торпедирующий иск за рубежом. В этом случае прослеживается аналогия с английскими *anti-suit injunction*, т.к. с момента задействования мер по обеспечению иска кредитор может принудит должника остановить процесс за рубежом.

При этом рассмотрение дела по существу и меры по обеспечению иска направлены не на один и тот же предмет разбирательств! [78]

В этом случае норма ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ служит лишь для предотвращения принятия идущих в разрез с друг другом решений по существу дела между судами

государств-членов ЕС, а не непосредственно против вынесения постановления о мерах обеспечения.

Однако предположение, что одно лишь применение мер по обеспечению иска в состоянии решит проблему торпедирующего иска, само по себе может вести к заблуждению. Прежде всего это касается тех случаев, когда кредитор остается недоволен одним лишь ниспровержением торпедирующего иска и настроен требовать перед судом исполнения своих требований. Подобное быстрое решение не допустимо ввиду *запрета на обход первостепенности разбирательства по существу* (нем. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache).

К тому же, для воплощения данного решения в жизнь необходимо дополнительно принимать во внимание и национальное право в вопросах вынесения постановления о мерах обеспечения. Например, в Германии такими нормами являются § 940, § 936, абз. 2 § 920 Гражданского процессуального уложения. Они регламентируют принятие решений об обеспечении иска и предоставлении достаточных основания для принятия решения, в том числе, и об обоснованности требований. Основание для решения (нем. Verfügungsgrund) требует при этом особую неотложность, в том числе, и безотлагательность [82]. Вместе с тем это затрагивает лишь те случаи, которые перед национальным судом не могут получить правовую защиту в рамках ст. 6 ЕКПЧ.

Это затрагивает только те случаи, которые перед национальным судом не могут получить правовую защиту в рамках ст. 6 ЕКПЧ. В результате чего, вся проблематика торпедирующих исков крутится вокруг проблем правоприменительной политики норм ЕКПЧ, при которой требуется наличие процесса, чей срок превышен.

В конце концов всё это приводит к тому, что признать оптимальным решением торпедирующего иска меры по обеспечению иска не представляется возможным.

#### **4.6. Понятие “предмет спора”.**

В литературе существует также дискуссия о трактовании понятия “предмета спора” в европейском гражданско-процессуальном праве (см. Часть I).

В дореформенный период в судебной практике некоторых государств-членов ЕС выработалась, так называемая, **теория ядра** (нем. Kernpunkttheorie), которая применялась без ограничения как единственная инструкция к действию в случаях злоупотребления процессуальным правом. Потому не удивительно, что в вопрос о торпедирующем иске привнесена была определённая правовая неясность.

Сегодня данная практика себя исчерпала, однако, породились другие проблемы. Прежде всего речь идет о необходимости приведения теории ядра в соответствие с современной концепцией о понятии предмета спора.

Это изначально позволило бы сделать торпедирующий иск в принципе невозможным, так как суд бы рассматривал подачу негативного иска о признании (нем. negative Feststellungsklage) и иска об исполнении обязательств (нем. Leistungsklage) отдельно: по причине отсутствия идентичности в предмете спора.

Но, из-за распространенности теории ядра в европейской союзной правовой доктрине, предложенное решение делает её модификацию мало вероятной, поскольку она уже прошла законодательную реформу с учетом интересов многих государств-членов ЕС.

Все это в совокупности исключает данный вариант как потенциальное решение указанной проблематики.

#### **4.7. Требование о возмещении ущерба.**

Такое требование, ввиду своей проработанности в правовой доктрине, является одним из наиболее возможных вариантов разрешения проблематики с торпедирующим иском.

Особую актуальность данному решению придает сдерживающий эффект в отношении практики злоупотребления правом, что нашло своё подтверждение в решениях бельгийских судов.

Несмотря на это, данное предложение содержит в себе ряд ограничений, поскольку на практике требование о возмещении ущерба можно рассматривать лишь тогда, когда есть нарушение против исключительной подсудности суда (нем. *Verstoß gegen eine ausschließliche Gerichtsstandvereinbarung*). Потому важно установить: идет ли речь об злоупотребительной процессуальной тактике или лишь о действиях согласно установленной декретом процедуре (нем. *das verordnungsadäquate Vorgehen*); на практике это может быть проблематичным.

В качестве критики высказывается мнение о родственности данного подхода с *anti-suit injunction*, а также о простоте подобного затруднения, которое никак не будет способствовать решению проблемы.

Причиной тому является смещение процессуальной компетенции (нем. *Verfahrenskompetenz*) на вторичный – национальный – уровень, которое нередко свидетельствует о конфликте юстиций между государствами-членами ЕС.

При этом остаются открытыми вопросы о дальнейшей оценке нанесённого ущерба и, связи с этим, сборе доказательственного материала. Однако по-настоящему большим минусом данного решения является *ex post действия* подобного рода исков, которые возможны лишь по окончании процесса за рубежом.

Как следствие, всё это исключает превентивный характер данного способа и, тем самым, делает его не совсем приемлемым для решения поставленной задачи.

#### **4.8. Опротестация злоупотребления правом.**

Данный вид решения фактически охватывает два варианта. Первый – представляет собой острую дискуссию о том, компетентен ли вторично призванный суд проигнорировать правило *lis pendens*, согласно абз. 1 ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ, опротестовав его на основании злоупотребления правом [83; 72]. Второй – рассматривает вопрос включения в ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ запрет на злоупотребление правом. (нем. *Missbrauchsklausel*).

Однако, обе эти конструкции проблематично претворить в жизнь, прежде всего, ввиду отсутствия консенсуса по первому варианту. Причиной тому стало решение по делу *Гассера*, в котором опротестация злоупотребления правом в рамках ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ была отклонена Европейским Судом. Не удивительно, что сведение данного решения с политико-правовым бэкграундом Декрета является не менее трудной задачей.

Насущным остаётся вопрос о применении и реализации данного предложения на практике. Если первый вариант в качестве “излечения” от торпедной практики весьма спорный, то второй вариант также по своей сути является весьма ограниченным в применении, поскольку упирается в необходимость доказательства обстоятельств, указывающих на злоупотребление правом.

Несмотря на то, что подачу иска в некомпетентный для этого суд определенно можно расценивать как тактику затягивания дела, тем не менее истцу остается достаточно места для манёвра между различными видами *forum shopping*, одним из которых является торпедующий иск. Примером тому может послужить вовлечение ключевого ответчика в процесс в соответствии со ст. 8 Nr. 1 Брюсселя Ia-ДЕ [67].

Стоит отметить, что предложенный вариант решения содержит ряд внутренних противоречий. Прежде всего, речь идёт о противоречии цели и духу ст. 29 Брюсселя Ia-ДЕ [64], в случае подачи иска о злоупотреблении правом, когда возникает конфликт между вторично призванным судом по отношению к первично призванному судом по поводу подозрений в злоупотребление правом в отношении истца.

В конечном счёте предложенное решение можно рассматривать лишь как вспомогательное, поскольку самостоятельным оно вряд ли может быть.

#### **4.9. Арбитраж.**

Еще одним предложением названо использование частноправового инструмента, такого как арбитраж. Поскольку, включение арбитражной клаузулы между сторонами

договора позволило бы без промедления тотчас переходить к рассмотрению дела по существу.

Однако, такое предложенное решение содержит в себе больше противоречий чем кажется поначалу. Во-первых, европейский законодатель исключил из области применения Декрета подсудность дел арбитражным судам (ст. 1 абз. 1 литера (d) Брюсселя Ia-ДЕ) [84]. Ключевым моментом для такого решения послужил тот факт, что на европейском уровне вопрос регулирования арбитража закреплен в г. Женеве 21.04.1961 в “Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже”.

В результате чего, по средствам режима Брюсселя Ia-ДЕ становится возможным торпедировать и применение международных договорённостей об арбитраже. Существенным в этой связи является то, что между государственными судами и арбитражным судом не работает правило *lis pendens*. В следствии чего, государственный суд не имеет юрисдикции принудить арбитраж приостановить процесс. Как следствие, окончательное решение о своей юрисдикции и продолжение процесса принимает только арбитражный суд.

Во-вторых, опасность возникновения параллельного процесса в первично призванном суде, где подан негативный иск об признании, и связанный с этим риск принятия двух идущих в разрез решений разных инстанций - делает данное предложение отдалённым от практики.

Необходимость избегать подобных предложений продиктована ещё и тем, что смешение в пользу частногоправового решения может нанести колоссальный урон общеевропейскому судопроизводству.

#### **Вывод.**

Подводя итог проведенному исследованию посвященному торпедирующему иску (части I и II) автор статьи пришла к выводу, что сам по себе торпедирующий иск лишь частный случай *forum shopping*, который обязан своему возникновению злоупотребительной практики применения правила *lis pendens*, закреплённого в ст. 27 Брюсселя I-ДЕ. Однако, даже после проведённой реформы, Брюссель Ia-ДЕ не смог обеспечить должной защиты от торпедирующих исков. Рассмотренные в работе варианты решения проблематики в соответствии с *de lege lata* и *de lege ferenda* не дали скольконибудь позитивного разрешения данного вопроса.

В заключение следует отметить, что разрешить проблематику торпедирующего иска лишь в рамках Брюсселя Ia-ДЕ или возможных её модификаций вряд ли возможно. Сама проблема выходит за рамки декретов и требует решения на европейском макроуровне, а значит и политического решения, что, однако в ближайшие время ожидать не приходится.

#### **Используемые источники:**

1. Albrechts, Hendrik. Die Streitsache im deutschen und englischen Zivilverfahren. Mohr Siebeck, 2013 264 s.
2. Althammer, Christoph/Löhnig, Martin. Zwischen Realität und Utopie: Der Vertrauensgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGHs zum europäischen Zivilprozessrecht. *Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)*. Int. 9. 2004. S. 23 ff.
3. Antomo, Jennifer. Schadensersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung? Eine Untersuchung von Schadensersatz- und anderen materiellrechtlichen Erstattungsansprüchen wegen der Missachtung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung. Mohr Siebeck : Tübingen, 2017. XXXVI, 719 s.
4. Balthasar, Stephan/Richers, Roman. Europäisches Verfahrensrecht und das Ende der antisuit injunction. *RIW*. 2009. S. 351-357.
5. Briggs, Adrian. The Rejection of Abuse in International Civil Procedure. *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law*. – (edited by) Rita de la Feria, Stefan Vogenauer. Oxford ; Portland, Or. 2011. S. 161-278
6. Carl, Ingemar. Einstweiliger Rechtsschutz bei Torpedoklagen (Internationalrechtliche Studien). *Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften*. September, 2007. 474 s.

7. Coester-Waltjen, Dagmar. Von der Fledermaus zum Torpedo? Rechtsmissbrauch im internationalen Verfahrensrecht. *Annales Universitatis scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos nominatae*. 2011. T. LII. P. 225-240.
8. Dickler, Jana Felicia. Schiedsgerichtsbarkeit und Reform der EuGVVO: Standort Europa zwischen Stagnation und Fortschritt (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht). Mohr Siebeck: 1. Oktober, 2015. 241 s.
9. Domej, Tanja. Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht. // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2014. Vol. 78. № 3. S. 508-550.
10. Domej, Tanja. Negative Feststellungsklagen im Deliktgerichtsstand. *IPRax*. 2008. S. 550-555.
11. Ebner, Martin. Markenschutz im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht. Carl Heymanns, 2004. 302 s.
12. Franzosi, Mario. Torpedoes are Here to Stay. *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*. 2002. Volume 33. Issue: 2. P. 154-163
13. Frohloff, Jan. Verletzung von Schiedsvereinbarungen: Eine Untersuchung des deutschen Schiedsverfahrensrechts zu den Pflichten der Schiedsparteien und den Rechtsfolgen ihrer Verletzung. Mohr Siebeck; Auflage: 1 (1. Dezember 2017). 285 s.
14. Grabinski, Klaus. Angst vor dem Zitterrochen? - Zur Verfahrensaussetzung nach Art. 27, 28 VO (EG) Nr. 44/2001 in Patentverletzungsstreitigkeiten vor deutschen Gerichten// Festschrift für Winfried Tilmann: Zum 65. Geburtstag Gebundenes Buch. (Hrsg.) von Erhard Keller/ Clemens Plassmann/ Andreas von Falck. Köln: 2003 – 1., Aufl. 1032 s. S. 461-475.
15. Grothe, Helmut. Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzips im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschließliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung (EuGH, S. 243). // *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*. Hefts 3/2004 (Mai 2004). S. 205-211.
16. Gürtler, Ferdinand. Torpedoklagen im Lichte der neuen EuGVO. *Der Jurist. Studentische Fachzeitschrift Dritte Ausgabe*. Passau, 2013. S. 1-18.
17. Hartley, Trevor. How to abuse the law and (maybe) come out on top: bad-faith proceedings under the Brussels jurisdiction and judgments convention. *Law and Justice in a Multistate World: Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. / (edit.) James A. R. Nafziger, Symeon Symeonides. New York : Hotei Publishing, 2002. S. 73-81.
18. von Hein, Jan. Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO). *Rechts der internationalen Wirtschaft (RIW)*. 2013. Heft 3. S. 97-111.
19. Hess, Burkhard. Europäisches Zivilprozessrecht. Heidelberg. Müller, 2010. 752 s.
20. Herberger, Marie. Die Torpedoklage nach der Reform der EuGVVO. *Zeitschrift für das Juristische Studium*. 2015. S. 327-335.
21. Hermes-Keil, Daniela. Der Streitgegenstand im gewerblichen Rechtsschutz. *Nomos*: 2017. 416 s.
22. Hill, Jonathan/Chong, Adeline. *International Commercial Disputes. Commercial Conflict of Law in English Courts*. – Oxford: 2010. 4 Aufl. 1030 s.
23. Illmer, Martin. Der Kommissionsvorschlag zur Reform der Schnittstelle der EuGVO mit der Schiedsgerichtsbarkeit. *SchiedsVZ*. 2011. s. 248-257.
24. Janal, Ruth M. *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz*. Mohr Siebeck, 08.01.2016. 959 s.
25. Junker, Abbo. *Internationales Zivilprozessrecht*. C. H. Beck, 2016. 3. Auflage. XXV, 379 s.
26. Klöpfer, Matthias. *Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2016 – XXV, 432 s.
27. Klöpfer, Matthias. Die Zukunft der Torpedoklage im Europäischen Zivilverfahrensrecht. *Jahrbuch für Italienisches Recht (JbItalR)*. Wirtschaftsrecht, Verfahrensrecht, Erbrecht, Scheidungsrecht. 2015. Band 28. S. 165-186. Heinrich S. 169.
28. Krebs, Klaus. *Internationales Privatrecht*. C.F. Müller; Auflage: 2. 2015. 141 s.
29. *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*. / Jan Kropholler, Jan von Hein. Deutscher Fachverlag GmbH, 2011. 9. Auflage. XXX, 1328 s.
30. *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen, EuVTVO, EuMVVO, EuGFVO*. / Jan Kropholler, Jan von Hein. - Deutscher Fachverlag GmbH - 10. Auflage. 2018. 1350 s.
31. Kühnen, Thomas. *Handbuch der Patentverletzung*. – Heymanns, Carl: 2011. 5. Aufl. 702 s.
32. Leible, Stefan/Mankowski, Peter/Staudinger, Ansgar. *Kommentar zu Brüssel Ia-Vo in: Rauscher EuZPR/EuIPR. Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*. 2015. Band I. 4 Aufl. 1456 s.
33. Leitzen, Mario. Comeback des „Torpedo“? *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*. 2004. S. 1010-1015.
34. Magnus/Mankowski/Fentiman. *Introductions to Arts. 27-30 Brussels Regulations*. in: *Brussels Ibis Regulation - Commentary* / (Eds.) Ulrich Magnus, Peter Mankowski. Köln : Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015. 1200 s.

35. McGuire, Mary-Rose. Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht. / zugl. Diss. Univ. Göttingen 2003. Tübingen, 2004. 424 s.
36. McGuire, Mary-Rose. Forum Shopping und Verweisung. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internat. Privatrecht und Europarecht (ZfRV)*. Band 45. Manz, 2005. S. 83-93.
37. McGuire, Mary-Rose. Reformbedarf der Rechtshängigkeitsregel? Überblick über die im Grünbuch zur Brüssel-I-VO vorgeschlagenen Änderungen der Art 27 ff. EuGVO. *Jahrbuch Zivilverfahrensrecht*. 10 (2010). S. 133-149.
38. McGuire, Mary-Rose. Priorität versus Flexibilität? Zur Weiterentwicklung der Verfahrenskoordination in Rahmen der EuGVO-Reform. // *Recht ohne Grenzen. Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. (Hrsg.) R.Geimer, R. Schütze. – München, 2012. – S. 671-681.
39. Nagel, Heinrich; Gottwald, Peter. Internationales Zivilprozessrecht. – Verlag Dr. Otto Schmidt. - 7. Auflage 2013. – 1099s.
40. Niboyet, Marie-Laure: Le Principe de Confiance Mutuelle et les Injonctions Anti-Suit. in: Pascal de Vareilles-Sommières (dir.). *Forum Shopping in the Judicial Area*. Année 2008. S. 77-91.
41. Nuyts A. La refonte du Règlement Bruxelles I. *Rev. crit. dr. int. privé*. 2013- p. 1-52.
42. Okońska, Agnieszka. Die Widerklage im Zivilprozessrecht der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten. – Tübingen, 2015. XLVI, 672 s.
43. Pabst, Steffen. Entscheidungszuständigkeit und Beachtung ausländische Rechtshängigkeit in Ehesachen mit Europabezug: Grundrechtsprobleme und Grundrechtsschutz. *Nomos*, 2009. 336 s.
44. Röthel, Anne. Rom III-VO: Impulse für eine Materialisierung der Parteiautonomie. *Jahrbuch für italienisches Recht (JbItalR)*. Europäische Einflüsse auf den deutsch-italienischen Rechtsverkehr. Heidelberg: Müller, 2013. № 25. S. 3-84.
45. Reuss, Philipp M. "Forum Shopping" in der Insolvenz. Missbräuchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten. *Mohr Siebeck*, 2011. XXIII, 417 s.
46. Sander/Breßler. Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*. 122 Heft 2. (2009). S. 157-185.
47. Schack, Haimo. Internationales Zivilverfahrensrecht. München, C. H. Beck, 2010. 5. Aufl. 482 s.
48. Schilling, Theodor. Internationale Rechtshängigkeit vs. Entscheidung binnen angemessener Frist – Zum Zusammenspiel von Art. 6 I EMRK, Art. 307 EGV und Art. 27 EuGVV. // *Praxis des internationalen Privatrechts und Verfahrensrechts (IPRax)*. -Hefts 4/2004 (Juli 2004).- S.294-297
49. Schmehl, Christine. Parallelverfahren und Justizgewährung: Zur Verfahrenskoordination nach europäischem und deutschem Zivilprozessrecht am Beispiel taktischer "Torpedoklagen". *Mohr Siebeck*; Auflage: 1. 2011. XVIII, 424 s.
50. Schmidt, Johannes. Rechtssicherheit im europäischen Zivilverfahrensrecht: Eine Analyse der Entscheidungen des EuGHs zum EuGVÜ und der EuGVVO. *Mohr Siebeck*; Auflage: 1. 1. Februar 2015. – 309 s.
51. Schramm, Carl. Patent- und Prozessrecht. 7. Auflage 2013. 614 s.
52. Schroeder, Hans-Patrick: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27.4.2004–C-159/02Turner/ Grovit u.a. *EuZW*. 2004. S. 468-471.
53. Stadler, Astrid. Das Europäische Zivilprozessrecht – Wie viel Beschleunigung verträgt Europa? *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2004. S. 2-11.
54. Stürmer, Michael. Gerichtsstands- und Erfüllungsortvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)*. 10 (2013), 6. S. 305-315.
55. Sujecki, Bartosz. Torpedoklagen in europäischen Binnenmarkt. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*. 2012. S. 18-23.
56. Thole, Christoph. Aktuelle Entwicklung bei der negativen Feststellungsklage. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. 2013. S. 1192-1196.
57. Thole, Christoph. Missbrauchskontrolle im Europäischen Zivilverfahrensrecht. *ZfP* 122. 2009. S. 433
58. Thorn, Carsten. Die Revision der Brüssel I-Verordnung und ihre Auswirkungen auf den deutsch-italienischen Rechtsverkehr. *Jahrbuch für Italienisches Recht (JbItalR)*. Europäische Einflüsse auf den deutsch-italienischen Rechtsverkehr. 2012. Band 25. S. 61-86.
59. Tichý, Luboš. Protection against the abuse of law process in the Brussels I review proposal?. in: *The Brussels I review proposal uncovered*. (Edit.) Eva Lein. London : British Institute of International and Comparative Law, 2012. - XII, 203s.
60. Tretthahn, Elisabeth / Hiersche, Alexander. How to dismantle an Italian Torpedo. Gerichtsstandsvereinbarungen nach der neuen EuGVVO. *Österreichische Juristen-Zeitung*. Manz, 2014. № 2. S. 57-62.
61. Wadlow, Christopher. Enforcement of Intellectual Property in European and International Law. Thomson Professional Pub Canada: April 1, 1998. 639 s.
62. Weller, Matthias. Der Kommissionsentwurf zur Reform der Brüssel I-VO. *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*. 2012. Heft 1. S. 33-43.

**Решения судов:**

1. LG Düsseldorf, Urteil v. 19.12.2002-4a O 4/00 –InsGE 3
2. OLG München, Urteil v. 02.06.1998 - 7 W 1461/98 - BeckRS 1998
3. OLG München v. 25.10.2001 – 6 U 5508/00 Inst.GE 2
4. OLG München v. 23.10.2008 – 7 O 17209/07- InstGe 10
5. OLG Karlsruhe, Urteil v. 12.12.2008 – 6 U 63/07 – ZUM 2008
6. BGH-Urteil v. 01.02.2011 – KZR 8/10 GRUG 2011
7. BG, Urteil v. 13.03.2007 - 4C. 318/2006 - IPRax 2008
8. EuGH, Urteil v. 04.03.1982 – 38/81 –Slg. 1982
9. EuGH, Urteil v. 27.04.2004 - C-159/02. - GRUR Int. 2004
10. EuGH, Urteil v. 09.12.2003 – C 116/02 – Slg. 2003
11. EuGH, Urteil v. 13.07.2006- C -103/05 - Slg. 2006
12. EuGH, Urteil v. 11.10.2007 –C-98/06 - Slg. 2007
13. EuGH, Urteil v. 10.02.2009 – C 185/07 –Slg. 2009
14. EuGH, Urteil v. 25.10.2012 –C 131/11
15. EuGH, Urteil v. 25.10.2012 – C-131/05
16. OGH v. 28.09.2006 – Ob 118/06s –GRUR Int. 2007
17. RB Brüssel v. 08.06.2000 – 99/6.600/A - GRUR Int. 2001
18. RB Brüssel v. 12.05.2000- 2000/857/A – GRUG Int. 2001
19. Brüssel, den 14.12.2010 KOM (2010) 748 окончательнo 2010/0383 (COD)
20. OLG Frankfurt, 07.03.2002 - 6 U 43/01 - GRUR-RR 2009
21. TCI Paris v. 09.03.2001 – 00/04083 – II C 2002
22. Nationale Co. V. Endesa Generacion S.A. (The Wadi Sudr), (2001) 1 Lloyds Law Report 193 (C.A.)

***Левандовскі К. Торпедуючий позов як різновид forum shopping в процесуальному праві європейського союзу Частина II: Реформа та Декрет ЄС № 1215/2012.***

*Стаття присвячена перегляду концепції про підсудність після реформи Декрету ЄС № 44/2001. Особлива увага приділена проблемі зловживання правом у рамках forum shopping практики та її окремому випадку торпедуючому позову в правовому полі Європейського Союзу. Розглянуті можливі варіанти усунення недоробок попередньої редакції Декрету з позиції de lege lata та de lege ferenda.*

**Ключові слова:** колізійне право, цивільне процесуальне право, європейське союзне право, гармонізація права, зловживання правом, торпедуючий позов, паралельний позов, підсудність, компетентність суду, forum shopping, Декрет ЄС № 44/2001, Декрет ЄС № 1215/2012.

***Lewandowski C. Torpedo lawsuit as variety of forum shopping in procedural law of the european union Part II: Reform and Regulation (EU) No 1215/2012.***

*The article is devoted to the revision of the concept of jurisdiction after reform of Regulation (EU) 44/2001. The special attention is given to the problem of rights abuse in forum shopping practice and its special case torpedo lawsuit in the legal field of the European Union. Several variants of possible decision are presented to remove the weakness in the previous regulations release from de lege lata and de lege ferenda perspectives.*

**Keywords:** collision law, civil procedural law, European Union law, harmonization of law, rights abuse, torpedo lawsuit, parallel lawsuit, jurisdiction, competence of court, forum shopping, Regulation (EU) No 44/2001, Regulation (EU) No 1215/2012.