

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

На правах рукопису

ПРУСЕНКО ГАЛИНА ЄВГЕНІЇВНА

УДК 347.918

**ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНІ ЗАХОДИ
У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ**

Спеціальність: 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право;
міжнародне приватне право

Дисертація
на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Науковий керівник -
Притика Юрій Дмитрович,
доктор юридичних наук, професор

Київ-2016

ЗМІСТ

ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ 1. Поняття та правова природа вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.....	11
1.1. Поняття та види забезпечувальних заходів.....	11
1.2. Правова природа забезпечувальних заходів.....	27
1.3. Принципи вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.....	34
Висновки до розділу 1.....	41
РОЗДІЛ 2. Способи вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі: порівняльно-правове дослідження.....	45
2.1. Органи, уповноважені на вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.....	45
2.2. Повноваження арбітражу щодо вжиття забезпечувальних заходів.....	65
2.3. Імперативний спосіб вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.....	81
2.3.1. Забезпечення позову на підтримку арбітражу в судах Англії.....	81
2.3.2. Імперативне забезпечення позову в міжнародному комерційному арбітражі за законодавством Італії, Німеччини та Швейцарії.....	94
2.3.3. Вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі у Білорусі, Росії та Казахстані.....	105
2.4. Диспозитивний спосіб вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.....	118
2.4.1. Забезпечення позову арбітражем за законодавством Англії.....	118
2.4.2. Проблеми забезпечення позову арбітражним складом за законодавством Італії, Німеччини та Швейцарії.....	127
2.4.3. Реалізація диспозитивного способу забезпечення позову в Білорусі, Росії та Казахстані.....	137

Висновки до розділу 2.....	144
РОЗДІЛ 3. Правове регулювання вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі в Україні.....	147
3.1. Особливості механізму вжиття забезпечувальних заходів арбітражним складом.....	147
3.2. Правове регулювання вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі державним судом.....	154
3.3. Перспективи забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі в Україні.....	162
Висновки до розділу 3.....	170
ВИСНОВКИ.....	173
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	178
ДОДАТКИ.....	196

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Незважаючи на переваги міжнародного комерційного арбітражу як альтернативного способу вирішення спорів в порівнянні з державним судочинством (оперативність, конфіденційність, можливість активного діалогу між сторонами та арбітрами), відсутність у арбітрів владних повноважень унеможливорює імперативне виконання процесуальних актів арбітражу, зокрема, постанов про вжиття забезпечувальних заходів, та на практиці зумовлює необхідність звернення для забезпечення позову до державного суду.

Нормативне регулювання міжнародного комерційного арбітражу в Україні ґрунтується на міжнародних стандартах: Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» заснований на Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж у редакції 1985 року. Водночас, у 2006 році до Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж було внесено ряд суттєвих змін, зокрема, відносно вжиття забезпечувальних заходів. Положення статей 151-155 ЦПК України передбачають вжиття заходів забезпечення позову лише щодо позову, який було заявлено або буде заявлено (частина п'ята статті 151 ЦПК, частина друга, третя статті 153 ЦПК) до загального суду, відтак, цивільне процесуальне законодавство України та Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» потребують внесення відповідних змін і доповнень.

Водночас, правове регулювання вжиття забезпечувальних заходів арбітражним складом, а також судом, у межах реалізації функції сприяння арбітражному розгляду, не отримало комплексної наукової рефлексії, що зумовлює актуальність дослідження теоретичних і практичних питань у сфері забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі.

Теоретичну основу дослідження складають роботи українських і зарубіжних вчених, присвячені особливостям вирішення спорів у межах третейського (арбітражного) судочинства, а також, зокрема, проблемам

вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі, а саме наукові праці, зокрема, В.М. Анурова, Л.П. Ануфрієвої, М.М. Богуславського, Г.Б. Борна, М.І. Брагінського, О.В. Брунцевої, Д.Р. Бюсі, Л.Ф. Вінокурової, В.В. Вітрянського, С.О. Владимирової, О.О. Воробйова, О.С. Данилевича, Г.К. Дмитрієвої, Н. Ендрюса, А. Єсірмака, Е. Жоліве, Т.Г. Захарченко, О.В. Кабатової, Б.Р. Карабельникова, А.Д. Кейліна, Т. Клея, Е. Коллінза, В.В. Комарова, Дж. Кордеро-Мосс, С.О. Кравцова, О.Д. Крупчана, С.А. Курочкіна, С.М. Лебедева, З.В. Литвиненко, Л.А. Лунца, М.М. Мальського, К. Менкель-Мідоу, О.І. Мінакова, О.Л. Мозіманна, М.Е. Морозова, М.Л. Моузес, В.А. Мусіна, С.В. Ніколюкіна, Н.В. Павлової, О.С. Перепелинської, Р. Плантроуза, І.Г. Побірченка, Ю.Д. Притики, Ж.-Б. Расіна, М.О. Рожкової, О.Ю. Скворцова, Т.В. Сліпачук, Дж. Текса, Б. Харріса, Дж. Хілла, Р.М. Ходикіна, Г.А. Цірата, В.В. Яркова.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема дисертаційного дослідження затверджена на засіданні Вченої ради юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка 28 жовтня 2013 року (протокол № 2). Тема дисертаційного дослідження затверджена на засіданні Вченої ради юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка 28 жовтня 2013 року (протокол № 2). Дисертаційне дослідження виконувалося відповідно до плану науково-дослідної роботи юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, зокрема, бюджетної науково-дослідної теми «Доктрина права в правовій системі України: теоретичний і практичний аспекти» (№11 БФ042-01), яка досліджувалася на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка з 1 січня 2011 р. по 31 грудня 2015 р.), бюджетної науково-дослідної теми «Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС» (№16 БФ042-01), яка

досліджується на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка з 1 січня 2016 р. по 31 грудня 2018 р.

Мета дисертаційного дослідження полягає у здійсненні комплексного аналізу та вироблення пропозицій щодо удосконалення законодавства України з питань правового регулювання процедури вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.

Для реалізації **мети роботи** були визначені наступні **завдання**:

1. Проаналізувати теоретичні погляди вітчизняних і зарубіжних учених відносно поняття, видів, правової природи та принципів вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.
2. Надати визначення поняття «забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі».
3. Запропонувати підхід до визначення особливостей правової природи забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.
4. Надати класифікацію принципів забезпечення позову.
5. Дослідити механізм та виявити особливості вжиття забезпечувальних заходів під час арбітражного розгляду в окремих країнах у порівняльно-правовому аспекті.
6. Розробити та сформулювати рекомендації відносно реформування чинного законодавства України, що регулює питання забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі.

Об'єктом дослідження є система правовідносин, що виникають під час вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.

Предметом дослідження є законодавство України, національне законодавство різних держав про міжнародний комерційний арбітраж, регламенти арбітражних установ, судова практика України та іноземних держав, практика міжнародних комерційних арбітражів, положення правової доктрини.

Методологічну основу дисертаційної роботи, з огляду на обрані мету та завдання, об'єкт і предмет дослідження, складають загальнонаукові та конкретно-наукові методи наукового пізнання: діалектичний, формально-логічний (методи аналізу та синтезу, узагальнення), системно-структурний, історичний та порівняльно-правовий методи.

Зокрема, під час роботи над теоретичною базою дисертаційного дослідження та визначення ключових понять і особливостей правової природи вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі, а також надання рекомендацій та пропозицій із реформування законодавства України про міжнародний комерційний арбітраж використані методи формальної логіки (підрозділи 1.1, 1.2). Системно-структурний метод використано в дослідженні для визначення системи принципів – основних засад, відповідно до яких вживаються забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі (1.3). Для дослідження окремих процесів розвитку законодавства про забезпечення позову в міжнародному комерційному арбітражі в Україні та іноземних державах в роботі застосований історичний метод (підрозділи 1.1, 2.1, 2.2, 2.3, 3.1). Діалектичний та порівняльно-правовий методи використано для дослідження взаємодії різних правових систем, спільних і відмінних підходів до вирішення проблеми забезпечення позову арбітражним складом під час розгляду справи у міжнародному комерційному арбітражі та меж відповідних повноважень державного судочинства (підрозділи 2.1, 2.2, 2.3).

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що дисертація є першим в українській юридичній науці системним і комплексним дослідженням теоретичних і практичних проблем забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі. Наукова новизна конкретизована у таких основних наукових положеннях, що виносяться на захист:

Вперше:

- визначено поняття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі як будь-яких заходів тимчасового характеру, спрямованих на охорону та гарантування законних прав та інтересів сторін арбітражної угоди;
- обґрунтовано здійснення класифікації забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі за критерієм функціонального призначення, відповідно до якої виділено три групи, зокрема:
 - 1) забезпечувальні заходи, спрямовані на збереження статус-кво між сторонами (зобов'язання сторони (сторін) арбітражної угоди вчинити певні дії або утриматися від вчинення певних дій);
 - 2) забезпечувальні заходи, метою яких є забезпечення виконання майбутнього арбітражного рішення, насамперед, юрисдикційні акти, спрямовані на гарантування збереження активів, за рахунок яких може бути виконане майбутнє арбітражне рішення;
 - 3) антипозовні забезпечувальні заходи;
- запропоновано виокремлення в якості особливого різновиду забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі антипозовних забезпечувальних заходів і сформульовано визначення поняття «антипозовні забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі», а також проведено класифікацію таких заходів за суб'єктом правозастосування;
- наведені аргументи на користь впровадження в арбітражні регламенти, що діють на території України, процедури призначення надзвичайного арбітра, а також передбачення можливості проведення прискорених (скорочених) процедур арбітражного розгляду, розкритий зміст таких процедур на прикладі механізмів, що діють відповідно до регламентів провідних арбітражних установ;

Удосконалено:

- положення щодо змісту принципів забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі;

- концепцію правової природи забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі шляхом аргументованого визначення її особливостей;
- обґрунтовано та сформульовано пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України, зокрема, розроблено зміни та доповнення до тексту Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»;
- запропоновано конструкцію взаємодії суду та арбітражу щодо забезпечення позову на підтримку арбітражного розгляду в межах виконання судом функцію сприяння арбітражу та розроблено відповідні зміни та доповнення до чинного цивільного процесуального законодавства України;

Набули подальшого розвитку:

- наукові ідеї щодо підвищення ефективності функціонування закріпленого на рівні національного законодавства механізму забезпечення позову арбітражним складом і державним судом – на підтримку арбітражного розгляду;
- теоретичні підходи до побудови можливих моделей взаємодії державного суду та арбітражу щодо забезпечення позову в національній та іноземних юрисдикціях.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що в дисертації сформульовано перелік конкретних висновків та пропозицій з удосконалення законодавства про арбітраж і арбітражної практики, які можуть бути використані у діяльності по вирішенню міжнародних комерційних спорів, сторонами при укладенні арбітражної угоди. Результати дослідження можуть також бути застосовані у законотворчій діяльності – як основа для внесення змін і доповнень до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ЦПК України, інших нормативно-правових актів (акт впровадження результатів дисертаційного дослідження у законотворчу діяльність № 04-29/15-1675 від 25.04.2016 р.). Матеріали дисертаційної роботи можуть бути використані при підготовці навчально-методичної літератури та у науково-дослідній роботі – як основа для подальшого

наукового дослідження проблем забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі. Результати дослідження можуть бути використані для викладання навчальних курсів «Міжнародний комерційний арбітраж», «Альтернативні способи вирішення спорів», «Міжнародний цивільний процес».

Апробація результатів дисертації. Основні положення дисертаційної роботи доповідалися й обговорювалися на засіданнях кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Результати дисертаційного дослідження були оприлюднені на міжнародних науково-практичних і всеукраїнських наукових конференціях: «Актуальні питання правової теорії та юридичної практики» (м. Одеса, Україна, 12-13 вересня 2014 р.), «Європейські стандарти захисту прав у цивільному судочинстві: випробування часом» (Київ, 26 вересня 2014р.), «Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні: питання взаємодії» (м. Ужгород, Україна, 24-25 квітня 2015 р.), «Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні» (м. Запоріжжя, 30-31 жовтня 2015 р.), «Теорія та практика сучасної юриспруденції» (м. Харків, 1 квітня 2016 р.).

Публікації. Основні теоретичні положення та результати дисертаційного дослідження знайшли відображення у 13 наукових працях, зокрема, у 8 наукових статтях, з яких 1 опублікована у науковому фаховому виданні іноземної держави, та тезах 5 доповідей на наукових конференціях.

Структура роботи визначається метою і послідовністю вирішення завдань. Дисертація складається зі вступу, 3 розділів, 10 підрозділів, висновків, списку використаних джерел, додатків.

РОЗДІЛ 1. ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ВЖИТТЯ ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

1.1. Поняття та види забезпечувальних заходів

Відповідно до частини п'ятої статті 55 Конституції України кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань.

Міжнародний комерційний арбітраж є недержавним (альтернативним) методом урегулювання конфліктів для сторін міжнародного комерційного договору (контракту). Укладення окремої арбітражної угоди або включення арбітражного застереження до тексту контракту надає сторонам контракту можливість обрати альтернативу державним судам у зв'язку з розглядом спорів, що виникли або можуть виникнути між ними. Основною перевагою арбітражного (третейського) розгляду спорів для сторін договору є прискорення процесу вирішення спорів, які виникли, конфіденційність, можливість активного діалогу між сторонами та арбітрами. Держава також зацікавлена у розвитку третейського судочинства – з метою зменшення навантаження на державні суди.

Проте, низка проблем, пов'язаних із забезпеченням рішень міжнародного комерційного арбітражу й досі залишаються невирішеними. Зокрема, питання забезпечення позову є одним із проблемних у міжнародному комерційному арбітражі. Дослідники арбітражу торкаються проблеми вжиття заходів забезпечення позову під час арбітражного розгляду, що має суттєві особливості та ускладнення порівняно з державним судочинством. Проблема пошуків шляхів забезпечення ефективного виконання арбітражної угоди та арбітражного рішення призводить до виникнення нових теоретичних і практичних питань, які потребують комплексного дослідження.

Окремі аспекти проблеми забезпечення доказів, законності та юридичної сили забезпечувальних заходів, притаманних їм ознак і функцій, компетенції арбітражу та державного суду застосовувати заходи забезпечення позову на підтримку арбітражного розгляду висвітлені в юридичних публікаціях і монографічних дослідженнях українських (С.О. Кравцова, Ю.Д. Притики, Г.А. Цірата) та зарубіжних (Г.Б. Борна, С.А. Курочкіна, С.М. Лебедева, Д. Лопатіної, М.Л. Моузес, Н.В. Павлової, Р. Плантроуза, Дж. Текса, Б. Харріса) правознавців. Водночас, відсутня єдина дефініція забезпечувальних заходів та узагальнення наявних класифікацій видів забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі, що зумовлює необхідність комплексної наукової рефлексії зазначених теоретичних питань.

Дослідники визначають забезпечувальні заходи як термінові тимчасові заходи (М.М. Богуславський), спрямовані на забезпечення позову або майнових інтересів позивача [1, с. 69-70], як заходи забезпечення тих вимог, які в силу угоди сторін підлягають вирішенню в арбітражному порядку (С.М. Лебедев) [2, с. 648], як рішення та постанови, спрямовані на захист однієї або обох сторін спору від збитків під час арбітражного розгляду (Г.Б. Борн) [3, с. 813].

Переважно забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі застосовуються з метою збереження статус-кво між сторонами з метою забезпечення прав, визнання яких одна зі сторін арбітражної угоди в подальшому очікує від арбітражного складу, що має юрисдикцію з вирішення справи по суті. Крім того, заходи забезпечення позову можуть виходити за межі збереження фактичного або юридичного статус-кво та передбачати відновлення попереднього стану справ або вчинення певних дій.

У науковій доктрині вважається очевидним те, що у багатьох випадках забезпечувальні заходи є одним із ключових елементів міжнародного комерційного арбітражу, коли в процесі приймають участь представники

різних юрисдикцій, коли арбітражний розгляд здійснюється в одній країні, а забезпечувальні заходи необхідно застосувати в іншій країні [4, с. 789].

У міжнародному комерційному арбітражі для позначення забезпечувальних заходів поряд із найбільш розповсюдженим терміном «provisional measures» («попередні заходи») використовуються поняття «interim measures» («проміжні заходи»), «interim measures of protection» («проміжні заходи захисту»), «interim or conservatory measures» («проміжні або охоронні заходи»), «preliminary measures» («попередні заходи»), «preliminary injunctive measures» («попередні судові заходи»), «urgent measures» («термінові заходи»), «precautionary measures» («застережні заходи»), «holding measures» («стримуючі заходи»). Зазначені терміни, на думку А. Єсілірмака, використовуються взаємозамінно, із застереженням, що дефініції «protective measures» та «conservatory measures» зумовлені метою вжиття цих конкретних заходів, а саме – охороною прав сторін арбітражного розгляду [5, с. 9]. Не всі дослідники погоджуються з такою точкою зору. Зокрема, Б. Харріс, Р. Плантроуз, Дж. Текс наполягають на необхідності чіткого розмежування термінів «provisional measures» та «interim measures», оскільки, на їх переконання, слово «provisional» обрано англійським законодавцем із метою уникнення використання «interim» з його конотацією проміжного (тимчасового) заходу [6, с. 196].

Як зазначає Маргарет Л. Моузес, термін «забезпечувальний захід» («interim measure») тривалий час не мав точного визначення [7, с. 105], але Комісія Організації Об'єднаних Націй із права міжнародної торгівлі (далі – ЮНСІТРАЛ) надала йому дефініцію у Типовому законі про міжнародний торговельний арбітраж із змінами 2006 року (далі – Типовий закон ЮНСІТРАЛ).

Типовий закон ЮНСІТРАЛ було прийнято в якості внеску у розвиток гармонійних міжнародних економічних відносин [168]; зміни 2006 року були спрямовані на вдосконалення «м'яких норм» Типового закону ЮНСІТРАЛ із урахуванням практики міжнародної торгівлі, сучасних тенденцій договірною

права, особливо, що стосується форми арбітражної угоди та вжиття забезпечувальних заходів [169].

Згідно зі статтею 17 глави IV А Типового закону ЮНСІТРАЛ забезпечувальний захід - це будь-який тимчасовий захід – незалежно від того, чи він винесений у формі арбітражного рішення або в будь-якій іншій формі, - за допомогою якого в будь-який момент, що передує ухваленню рішення, яким остаточно врегулюється спір, арбітражний суд розпоряджається про те, щоб та або інша сторона:

- a) підтримувала або поновила статус-кво до вирішення спору;
- b) застосувала заходи з метою попередження наявних або неминучих збитків або збитків самого арбітражу або утримувалась від вжиття заходів, які можуть спричинити такі збитки;
- c) надала кошти для збереження активів, за рахунок яких може бути виконане майбутнє арбітражне рішення; або
- d) зберегла докази, які можуть відноситися до справи та мати суттєве значення для врегулювання спору.

Таким чином, забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі можна визначити як передбачені законом заходи, що можуть застосовуватися уповноваженим арбітражним складом або державним судом на підтримку арбітражного розгляду з метою збереження статус-кво між сторонами та (або) забезпечення виконання майбутнього арбітражного рішення у справі.

Найменш дослідженим видом забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі є антипозовні забезпечувальні заходи. Ідеться про заборону, що видається судом або арбітражем, що має персональну юрисдикцію щодо сторони, подавати позов в іншій юрисдикції, або продовжувати судовий (арбітражний) розгляд щодо позову, який вже було подано, в іншому державному суді (арбітражі).

Переважно, увага проблемі вжиття антипозовних забезпечувальних заходів приділяється в наукових працях англійських і американських учених,

що має логічне пояснення: саме в країнах загального права антипозовні забезпечувальні заходи мають усталені традиції правозастосування під час судових і арбітражних розглядів. Один з провідних цивільних процесуалістів Англії Н. Ендрюс підкреслює, що, зокрема, англійські суди здавна наділені повноваженням забронювати відповідачеві, на якого розповсюджується юрисдикція відповідного суду, ініціювати або продовжувати цивільне провадження в іноземній державі або приймати участь в арбітражному розгляді. Така заборона видається, якщо зазначені процесуальні дії порушують застереження про виключну юрисдикцію, у відповідності з якою єдиним обраним місцем розгляду спорів є Англія [8, с. 434-435].

Уперше антипозовні забезпечувальні заходи були застосовані саме в Англії у XV сторіччі у вигляді судової заборони з метою обмеження юрисдикції церковних судів, яка вбачалася занадто широкою. Обмежувальний захід застосовувався відносно суду, а не сторони справи. Пізніше така концепція була впроваджена Судом Лорда-канцлера, що керувався правом справедливості, у вигляді так званого загального забезпечувального заходу (*common injunction*), що застосовувався до сторін з метою стримування її від подання позову до королівських судів загального права. У XVI сторіччі через почастишання вжиття таких заходів Яків I був змушений своїм наказом надати їм законний характер [9, с. 9-10].

Варто зазначити, що антипозовні забезпечувальні заходи зазнають критики з боку правознавців у різних частинах світу, оскільки часто сприймаються в якості вторгнення у юрисдикцію іноземного суду [10, с. 281]. Водночас, існує точка зору, що такій позиції науковців сприяє невдале формулювання терміну «*anti-suit injunction*», через яке складається хибне враження, що наказ адресований іншому суду та має щодо нього обов'язкову силу.

Зокрема, у державних судах Англії антипозовні забезпечувальні заходи застосовуються, переважно, з метою попередження неправомірного розгляду справи за межами Європейського союзу, розглядаються в якості одного з

різновидів обмежувальних наказів суду та мають обов'язкову силу тільки для сторони, стосовно якої застосовуються, та діють лише у випадку, коли відповідна сторона підсудна англійським судам, і такий наказ може бути виконаний стосовно неї у примусовому порядку [8, с. 435].

Англійські суди не можуть застосовувати антипозовні забезпечувальні заходи, що забороняють стороні арбітражного розгляду продовжувати неправомірний судовий розгляд у державних судах країн-учасниць Регламенту №44/2001 Ради Європейського союзу про юрисдикцію, визнання і виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах від 22 грудня 2000 року (відповідно до Рішення Суду Європейського союзу від 10 лютого 2009 року у справі Allianz SpA etc v West Tankers Inc. [158]).

Утім, варто враховувати, що в Англії діє доктрина *forum non conveniens* (принцип, за яким, якщо інтереси правосуддя вимагають розгляд спору в іншому місці, суд може не прийняти справу до провадження та направити сторони до іншої юрисдикції).

Вжиття антипозовних забезпечувальних заходів у Сполучених Штатах Америки має специфічну особливість: різні суди використовують різні підходи та керуються різним принципами щодо вжиття таких заходів. Зокрема, у більш консервативних і обмежуючих юрисдикціях суд має встановити, що розгляд справи в іноземному суді впливає на його власну компетенцію або становить загрозу для національної політики; в ліберальніших юрисдикціях суди зазвичай застосовують антипозовний забезпечувальний захід, якщо сторони та предмет спору співпадають, та продовження провадження в іноземній юрисдикції перешкоджатиме швидкому та ефективному вирішенню справи [7, с. 96-97].

Р.М. Ходикін пропонує розглядати три основних категорії антипозовних забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі:

1. Заходи, про які сторона заявляє клопотання з метою попередження вирішення справи арбітражним складом, або, навпаки, коли сторона

намагається перешкодити судовому розгляду, який відбувається всупереч укладеній між сторонами арбітражній угоді.

2. Заходи, які вживаються після ухвалення рішення арбітражним складом з метою ускладнення або унеможливлення визнання та звернення до виконання рішення арбітражу.

3. Якщо державний суд задовольняє клопотання сторони про вжиття антипозовного забезпечувального заходу, в більшості випадків, заборона накладається на сторони, але на практиці зустрічаються також заборони, адресовані безпосередньо арбітражу [10, с. 292].

Існують різні підходи до визначення правової природи антипозовних забезпечувальних заходів. У той час, коли деякі науковці розглядають зазначені заходи як, безпосередньо, заходи забезпечення позову (Н. Ендрюс, Р. Ходикін) або як різновид судової заборони (М. Моузес), інші - аналізуючи вжиття антипозовних забезпечувальних заходів, відносять їх до одного з різновидів так званих «негативних зобов'язань» (negative obligations), які впливають з арбітражної угоди, поряд із обов'язковим призупиненням розгляду, припиненням розгляду справи, збитками через порушення арбітражної угоди та дискреційним призупиненням розгляду (Г. Борн).

Серед сучасних наукових підходів до визначення змісту поняття забезпечувального заходу у міжнародному комерційному арбітражі варто виділити погляд про те, що параграфом b статті 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ, поняття антипозовного забезпечувального заходу [7, с. 106] фактично включено до нормативного визначення забезпечувального заходу.

На практиці, як наголошує Дж. Хілл, виникає багато ситуацій, коли державні суди більш ніж однієї країни мають підсудність щодо конкретного спору. За традиційними англійськими правилами підсудності, у випадках, коли, наприклад, А подає позов до Б в іноземній країні, а Б подає позов до А з того самого питання в Англії, А може вимагати припинення провадження в Англії, посилаючись на те, що розгляд справи у іноземному суді є більш доречним. Антипозовні забезпечувальні заходи пов'язані з питаннями

делікатності, і суд не буде обмежувати сторону в можливості розгляду справу за кордоном лише засновуючись на тому, що Англія є *forum conveniens*. Антипозовний забезпечувальний захід зазвичай не буде застосовано, доки розгляд в іноземній юрисдикції буде визнаний проблемним або обтяжливим, або проведення розгляду справи порушує законне або справедливе право відповідача в іноземному провадженні (наприклад, у випадках, коли провадження здійснюється в порушення угоди про вирішення спору (*dispute resolution agreement*) або арбітражної угоди сторін). Дослідник наголошує, що особливі фактори беруться до уваги, коли іноземні провадження стосуються цивільних і комерційних спорів, а підсудність іноземного суду визначається так званим Брюссельським режимом (тобто Конвенцією про юрисдикцію та звернення до виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах від 30 жовтня 2007 року (далі - Луганська конвенція) та Регламентом Ради Європейського Союзу про юрисдикцію та визнання і звернення до виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах від 22 грудня 2000 року) [11, с. 349].

Луганська конвенція, зокрема, не містить детального механізму вжиття заходів забезпечення позову, у тому числі, антипозовних. Згідно з положеннями Розділу 10 Луганської конвенції позов може бути подано до судів держави – учасниці про вжиття таких забезпечувальних заходів, які підлягають застосуванню за законодавством цієї держави, навіть якщо, за Луганською конвенцією, державні суди іншої держави – учасниці мають юрисдикцію із суті справи (стаття 31) [12]. Варто зазначити, що Луганська конвенція виключає арбітраж із сфери свого застосування.

Так, у справі *Turner v Grovit* висловлене, зокрема, наступне зауваження стосовно права англійських судів застосовувати антипозовні забезпечувальні заходи: «За англійським правом особа має імунітет від судового переслідування в певній юрисдикції (національній або іноземній) лише за наявності конкретного фактору, що надає їй такий імунітет. [...] арбітражне застереження або застереження про виключну юрисдикцію дає таку підставу

з тим, щоб особа мала можливість здійснити своє право на вжиття застереження. Позивач не повинен доводити, що передбачене договором місце вирішення спорів зручніше будь-якого іншого; угода сторін [...] робить це за нього» [5, с. 436].

Через неминучий вплив на юрисдикцію іноземного суду більшість судів континентальної системи права схильні не застосовувати антипозовні забезпечувальні заходи у випадках порушення арбітражної угоди [4, с. 101].

Прикладом повної протилежності Англії як юрисдикції, званої щодо практики вжиття антипозовних забезпечувальних заходів, є Швейцарія.

Стаття 183 глави 12 («Міжнародний арбітраж») Федерального закону про міжнародне приватне право Швейцарії (далі – Федеральний закон) встановлює процедуру вжиття забезпечувальних заходів арбітражем. Відповідно до положень зазначеної статті, допоки сторони арбітражної угоди не домовились про інше, арбітражний склад може приймати рішення про вжиття забезпечувальних заходів за клопотанням однієї зі сторін. У випадках, якщо інша сторона не погоджується добровільно виконувати таке рішення, арбітражний склад може звернутися за допомогою до компетентного державного суду. Жодних указівок відносно можливості вжиття антипозовних забезпечувальних заходів Федеральний закон не містить.

А. Лакатос і М. Хілгард звертають увагу на те, що швейцарські державні суди не ухвалюють рішення про вжиття антипозовних забезпечувальних заходів на підтримку арбітражу, як у внутрішніх, так і іноземних справах, оскільки швейцарська правова система шанує принципи суверенітету та надає будь-якому державному суду або арбітражному інституту право самостійно вирішувати питання з власної компетенції [13]. Наведений у дослідженні М. Стахера [14] аналіз рішення швейцарського суду про відмову у розгляді позову про заборону стороні арбітражної угоди та, водночас, арбітражному інституту продовжувати арбітражний розгляд

ілюструє правову позицію Швейцарії стосовно вжиття антиповозних забезпечувальних заходів.

Що стосується практики інших іноземних юрисдикцій, можна навести приклад, коли у справі *Himpurna California Energy v Indonesia* державний суд видав судову заборону у вигляді антиповозного забезпечувального заходу сторонам про продовження арбітражного розгляду, що проходив на території Індонезії, проте, арбітражний розгляд було перенесено та продовжено на території Нідерландів [15, с. 202].

Прикладом юрисдикції, законодавство якої категорично не сприймає можливість вжиття антиповозних забезпечувальних заходів, є Бразилія. У Бразилії наразі розвивається ряд арбітражних установ, серед яких ефективно діють, зокрема, Центр арбітражу та медіації Торговельної палати «Бразилія – Канада» (CAM/CCBC), Центр медіації та арбітражу Сан-Паоло (FIESP/CIESP), Корпоративна торговельна палата Бразилії (SAMARB), Центр арбітражу та медіації Американської торговельної палати Сан-Паоло (AMCHAM).

Закон про арбітраж Бразилії від 23 вересня 1996 року базується на Типовому законі про міжнародний торговельний арбітраж (далі – Типовий закон ЮНСІТРАЛ) та Законі про арбітраж Іспанії. Бразилія є стороною міжнародних договорів про міжнародний комерційний арбітраж, зокрема, Нью-Йоркської конвенції, Міжамериканської конвенції про міжнародний комерційний арбітраж від 30 січня 1975 року (далі - Панамська конвенція), Міжамериканської конвенції про екстратериторіальну дію іноземних судових рішень та арбітражних рішень від 8 травня 1979 року (далі - Конвенція Монтевідео).

Закон про арбітраж Бразилії майже не торкається питання вжиття забезпечувальних заходів, за винятком статті 22, відповідно до якої, у разі наявності необхідності вжиття примусових заходів або судової заборони, арбітри можуть звернутися до компетентного державного суду щодо вжиття відповідних заходів. Згідно зі статтею 8 Закону про арбітраж Бразилії арбітр

має право вирішувати, з власної ініціативи (*ex officio*) або на прохання сторін, питання, що стосуються існування, дійсності та ефективності арбітражної угоди, а також договору, що містять арбітражне застереження, що втілює принцип «компетенції компетенції».

Замість вжиття антипозовних забезпечувальних заходів Бразилія захищає право на здійснення арбітражного розгляду, відкидаючи будь-який антипозовний забезпечувальний захід, застосований в межах її юрисдикції, та відмовляючи у визнанні іноземних судових рішень, винесених у порушення арбітражної угоди сторін [13].

У теоретичних дослідженнях науковців США впроваджено також поняття антиарбітражного забезпечувального заходу (*anti-arbitration injunction*), що застосовується в трьох випадках:

1. Якщо одна зі сторін арбітражної угоди ініціює судовий розгляд в іноземній юрисдикції, навіть після надання нею згоди вирішити конфлікт в арбітражі з того ж самого предмету спору.
2. Якщо одна зі сторін намагається заборонити іншій ініціювати відміну рішення або виконати рішення, яке було відмінене.
3. Якщо сторона не погоджується вирішувати справу в порядку арбітражу, та намагається змусити іншу сторону арбітражної угоди відмовитися від продовження арбітражного розгляду [4, с. 97].

Забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі розподіляють на види, переважно, в залежності від функцій (ознак, мети) заходу забезпечення позову.

Основною функцією інституту забезпечення позову є реальне та повне відновлення майнових прав учасників процесу, порушених внаслідок неправомірних дій інших осіб [16, с. 182], що є гарантією дотримання прав сторін арбітражного розгляду. За критерієм мети О.В. Кабатова виділяє заходи, які дозволяють:

- 1) зберегти майно, що є предметом спору, або необхідне для можливого виконання майбутнього арбітражного рішення;

- 2) зберегти певні докази;
- 3) зберегти статус-кво між сторонами;
- 4) зобов'язати сторону надати забезпечення для виконання майбутнього остаточного арбітражного рішення [15, с. 192].

Є всі підстави погодитися з твердженням Н.В. Павлової, що вжиття попередніх забезпечувальних заходів має дві основні мети: 1) забезпечення виконання майбутнього арбітражного рішення; 2) збереження існуючого стану відносин між сторонами [17, с. 9]. Подібного підходу дотримується французький дослідник Т. Клей, який виокремлює дві великі «сім'ї» забезпечувальних заходів, що можуть бути застосовані арбітражем: спрямовані на підтримання ситуації шляхом збереження доказів, та спрямовані на забезпечення майбутнього виконання арбітражного рішення шляхом збереження активів опонента [18, с. 13].

Ю.Д. Притика до основних функцій забезпечувальних заходів відносить: забезпечення гарантії, що матеріальному об'єкту спору не буде завдано шкоди, поки очікується прийняття остаточного рішення з юридичного предмету та забезпечення можливості виконання арбітражного рішення; регламентація поведінки сторін і відносин між ними на час проведення процедури розгляду спору, тобто вжиття заходів, спрямованих на заборону вчиняти певні дії або зобов'язання вчинити певні дії [19, с. 16-17].

А. Єсілірмак зазначає, що види забезпечувальних заходів майже не варіюються у національних юрисдикціях, а також у публічному та приватному міжнародному праві; тим не менш можна простежити тенденцію до наявності функціонально схожих або навіть ідентичних видів забезпечувальних заходів (проте – під різними назвами) у кожній із цих юрисдикцій, що ускладнює визначення конкретних заходів, які застосовує арбітраж з метою забезпечення позову. Дослідник виокремлює, також виходячи з критерію мети вжиття того чи іншого заходу, три види забезпечувальних заходів:

- 1) заходи, що стосуються збереження доказів;

- 2) заходи, що відносяться до проведення арбітражного розгляду та відносин між сторонами під час арбітражного розгляду;
- 3) заходи, покликані полегшити майбутнє виконання арбітражного рішення.

В якості прикладу четвертого, нетипового, виду забезпечувальних заходів може бути, на думку вченого, виділений проміжний платіж (interim payment) [2, с. 10-11].

Дещо більш розширену класифікацію забезпечувальних заходів, що приймаються щодо позовів, які розглядаються міжнародним комерційним арбітражем, пропонує С.А. Курочкін, а саме:

- 1) заходи, пов'язані з розкриттям, забезпеченням та отриманням доказів, які мають значення для вирішення спору. Ця група заходів, на думку дослідника, спрямована забезпечити формування доказувальної бази за загрози можливої втрати певних доказів у майбутньому;
- 2) заходи, що застосовуються для збереження предмету спору та усунення можливих порушень прав сторін арбітражного розгляду в процесі розгляду справи. Їх вжиття орієнтоване на збереження статус-кво у відносинах сторін, перешкоджання можливим змінам положення позивача та відповідача у процесі розгляду справи та збереження предмету спору;
- 3) заходи, спрямовані на забезпечення ефективного виконання майбутнього арбітражного рішення (власне забезпечувальні заходи). Вжиття таких заходів вимагає встановлення обмежень для відповідача, а також участі третіх осіб, у яких знаходиться майно або грошові кошти. З цієї причини такі забезпечувальні заходи найчастіше застосовуються державними судами на підтримку арбітражного розгляду [20, с. 223-224].

Д. Бусі зауважує, що забезпечувальні заходи поділяються на дві широкі категорії: 1) заходи, спрямовані на запобігання або мінімізацію збитків, шкоди або несправедливості; 2) заходи, що полегшують звернення арбітражного рішення до виконання. Заходи, що відносяться до першої групи, зазвичай, мають на меті збереження стану справ до винесення остаточного рішення у справі. За своїми функціями вони близькі до

забезпечувальних заходів, що застосовує державний суд, тим, що вимагають від сторони спору продовжити дії або утриматися від вчинення певних дій, які можуть нівелювати вирішення спору. Найбільш розповсюдженими прикладами таких заходів є приписи про збереження доказу, пов'язаного з предметом спору, про продаж швидкопсувних товарів для мінімізації шкоди, приписи про збереження конфіденційної інформації, виявленої протягом розгляду справи. Не менш важливими, як наголошується, є заходи, що полегшують звернення арбітражного рішення до виконання. Забезпечувальні заходи гарантують, що дії, вчинені стороною-відповідачем не зроблять остаточне рішення арбітражу у справі нікчемним. Такими заходами є розпорядження забезпечити збереження коштів шляхом об'єднання або замороження активів для попередження їх виведення з підсудності арбітражу, розміщення активів на депозиті, що буде використаний для виконання арбітражного рішення, коли треті особи очікують вирішення спору [21, с. 586-587].

Д. Лопатіна пропонує об'єднувати забезпечувальні заходи в наступні чотири категорії:

- 1) заходи, спрямовані на підтримання або поновлення статус-кво до вирішення спору;
- 2) заходи, застосовувані з метою попередження завдання шкоди стороні спору або збитків самому арбітражу;
- 3) заходи, спрямовані на збереження активів, за рахунок яких може бути виконане майбутнє арбітражне рішення;
- 4) заходи, що сприятимуть збереженню доказів, які можуть відноситися до справи та мати істотне значення для врегулювання спору [22, с. 35].

Враховуючи викладене, можна констатувати, що у науковій літературі немає ґрунтового визначення поняття «забезпечувальний захід» стосовно міжнародного комерційного арбітражу. Дефініції окремих дослідників, наведені в роботі (визначення заходів забезпечення позову через поняття забезпечення вимог або майнових інтересів сторін арбітражної угоди),

спираються на перелік видів забезпечувальних заходів, наведений у Типовому законі ЮНСІТРАЛ. Існує також проблема термінологічного розмежування понять «попередні заходи», «тимчасові заходи», «забезпечувальні заходи», яка, на переконання науковців, може вирішуватися по-різному (шляхом синонімічного вжиття зазначених термінів, або їх розмежування).

У цьому дисертаційному дослідженні пропонується визначити забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі як передбачені законом заходи, що можуть застосовуватися уповноваженим арбітражним складом або державним судом на підтримку арбітражного розгляду з метою збереження статус-кво між сторонами та (або) забезпечення виконання майбутнього арбітражного рішення у справі.

Види забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі розмежовуються науковцями за рядом критеріїв; переважно – за метою вжиття забезпечувального заходу та за предметом спору. Найбільш обґрунтованим видається використання для класифікації забезпечувальних заходів критерію функціонального призначення. Виходячи з цього, у дисертаційному дослідженні пропонується поділ забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі на три групи. Першу групу становитимуть забезпечувальні заходи, спрямовані на збереження статус-кво між сторонами (зобов'язання сторони (сторін) арбітражної угоди вчинити певні дії або утриматися від вчинення певних дій).

До першої групи, таким чином, можна віднести постанови арбітражного складу (рішення суду на підтримку арбітражного розгляду), що мають на меті збереження доказів, а також дотримання конфіденційності щодо будь-якої охоронюваної законом інформації відносно предмету спору, постанови про передачу спірного майна на зберігання незалежних третіх осіб до виконання певних, визначених сторонами угоди або арбітражним складом умов.

До другої групи пропонується віднести заходи, метою яких є забезпечення виконання майбутнього арбітражного рішення, насамперед, юрисдикційні акти, спрямовані на гарантування збереження активів, за рахунок яких може бути виконане майбутнє арбітражне рішення (забезпечення позову шляхом внесення авансу або банківської гарантії, утримання від витрачання грошових коштів, що знаходяться на рахунку, заборона продажу або іншого розпорядження майном, активами).

Третім, особливим, різновидом забезпечувальних заходів є антипозовні забезпечувальні заходи. Правова природа антипозовних забезпечувальних заходів та проблема їх приналежності до того чи іншого виду заходів забезпечення позову залишаються дискусійною. У дисертаційному дослідженні пропонується визначити антипозовні забезпечувальні заходи як особливий різновид забезпечувальних заходів, метою якого є утримання сторони арбітражної угоди від продовження провадження в суді або арбітражі в іншій юрисдикції з того ж самого питання в порушення арбітражної угоди. Антипозовні забезпечувальних заходів у дисертаційному дослідженні пропонується класифікувати за суб'єктом правозастосування, яким є арбітраж або компетентний державний суд, що застосовує відповідний захід з метою підтримки арбітражного розгляду.

1.2. Правова природа забезпечувальних заходів

Забезпечення позову як правовий інститут передбачає встановлення спеціальними (забезпечувальними) правовими заходами (засобами, коштами) більшого ступеню можливості (гарантування) досягнення правової мети, в тому числі встановлення більшого ступеню гарантованості реального захисту прав і охоронюваних законом інтересів особи, що звернулася за захистом [23, с. 2, 5].

Як зазначалося вище, під забезпеченням позову розуміють діяльність державного суду або арбітражу (третейського суду) із вжиття передбачених законом заходів, спрямованих на збереження статус-кво між сторонами та (або) забезпечення реального виконання майбутнього арбітражного рішення у справі. Більшість сучасних систем законодавств та арбітражних регламентів, у тому числі, Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, передбачають можливість арбітражного суду застосовувати заходи забезпечення позову. Тим не менш, правове регулювання процедури вжиття забезпечувальних заходів пов'язане з низкою проблемних питань, що стосуються, насамперед, юридичної сили рішення арбітражу про забезпечення позову та можливості виконання такого рішення.

Різні аспекти проблеми визначення правової природи забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі досліджувалися такими вітчизняними та зарубіжними вченими, як, зокрема, Ю.Д. Притика, Г.А. Цірат, Г.Б. Борн, А. Єсілірмак, Е. Жоліве, Ж.-Б. Расін, Д. Лопатіна, С.В. Ніколюкін, М.О. Рожкова, Дж. Хілл.

В юридичній літературі існують різні точки зору з приводу правової природи забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі. Французький правознавець Ж.-Б. Расін наголошує на тому, що вжиття забезпечувальних заходів перетворилося на одне з найбільш дискусійних питань відносно арбітражу [24, с. 113].

З іншого боку, правова природа арбітражу в цілому є обговорюваною в науці. Дискусійними залишаються питання, до якої межі можна прирівняти арбітра та державного суддю, чи можуть надаватися їм еквівалентні або аналогічні повноваження, та, зокрема, чи є арбітраж способом вирішення спорів, здатним достатньо швидко та ефективно відповідати потребам, які виникають з приводу вжиття заходів забезпечення позову.

В окремих наукових працях здійснювалися спроби формулювання переліку проблемних питань, які виникають з приводу юридичної сили рішень арбітражу відносно вжиття заходів забезпечення позову. Суттєві відмінності в правовій природі забезпечувальних заходів державного суду і міжнародного комерційного арбітражу, на думку Ю.Д. Притики, пояснюються тим, що на відміну від суду, який наділений владними повноваженнями державою, арбітраж – це «приватне правосуддя», і його юрисдикція може поширюватись лише на сторони, що уклали арбітражну угоду [25, с. 72]. На думку науковців найчастішими питаннями, що виникають у зв'язку із забезпеченням позову під час та на підтримку арбітражного розгляду, є можливість арбітражного складу виносити рішення щодо вжиття забезпечувальних заходів, юридична сила та територіальна дія таких рішень, обсяг повноважень державних судів із підтримки арбітражу щодо вжиття заходів забезпечення позову, якій подано до міжнародного комерційного арбітражу на підставі угоди сторін [26, с. 65].

На практиці питання повноваження арбітражного суду щодо вжиття забезпечувального заходу є ключовим для сторони арбітражної угоди, що ініціює забезпечення позову [3, с. 814]. З'ясування обсягу повноважень арбітражу в конкретній справі, зазвичай, вимагає звернення до наступних джерел: будь-якої застосовуваної міжнародної арбітражної конвенції, зокрема, Конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року (далі – Нью-Йоркська конвенція), застосовуваного національного права та арбітражної угоди сторін, у тому числі регламенту відповідної міжнародної арбітражної установи.

Основною проблемою інституту забезпечувальних заходів, що застосовуються міжнародним комерційним арбітражем, є, як вважає російський юрист Д. Лопатіна, те, що вони не мають юридичної сили самі по собі: для їх виконання потрібно звертатися до державних органів, насамперед, до суду. Водночас, можливість судового визнання та звернення до виконання рішень арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів передбачається законодавством лише небагатьох країн. Більш того, зазвичай, ідеться про виконання заходів, застосованих арбітражем на території країни, де відбувається звернення до виконання забезпечувальних заходів [22, с. 36].

Зокрема, чинний Федеральний закон про арбітраж Сполучених Штатів Америки від 12 лютого 1925 року (Federal Arbitration Act) в редакції від 15 листопада 1990 року взагалі не торкається питань вжиття забезпечувальних заходів [27]. Натомість, стаття 21 Регламенту Міжнародного центру вирішення спорів (далі – Регламент ICDR) Американської арбітражної асоціації містить норми, відповідно до яких, на прохання будь-якої зі сторін спору суд може приймати будь-які забезпечувальні заходи, які вважатиме необхідними, у тому числі судові заборони та заходи із захисту або збереження майна. Такого роду заходи можуть приймати форму проміжного рішення (interim award) [28]. За загальним правилом, клопотання про вжиття забезпечувальних заходів, подане стороною справи до компетентного судового органу, не має розглядатися як несумісне з арбітражною угодою або як відмова від права на арбітражний розгляд.

Деякі науковці акцентують увагу на існуванні спільних істотних ознак, притаманних забезпечувальним заходам у міжнародному комерційному арбітражі незалежно від країни-місця проведення арбітражу. Такими ознаками є:

- клопотання про вжиття забезпечувального заходу передбачає наявність спору;
- застосовуваний захід повинен мати тимчасовий або попередній характер;

- забезпечувальний захід не має перевищувати остаточної винагороди, або ж засіб правового захисту, застосований як забезпечувальний захід, призначений доповнити та, в цьому сенсі, є допоміжним щодо остаточної винагороди;
- забезпечувальний захід має застосуватися лише тоді, коли ризиковано чекати призначення остаточної винагороди (вимога терміновості);
- тимчасовий характер захисту передбачає, що забезпечувальний захід може бути переглянутий, трансформований або скасований у залежності від остаточного рішення у спорі, якщо цього вимагатимуть обставини справи або хід арбітражного розгляду;
- у застосуванні заходу забезпечення позову не буде потреби, якщо остаточне рішення по суті справи може задовольнити інтереси всіх сторін спору;
- забезпечувальний захід, за певних обставин, може бути застосований без попереднього повідомлення, за відсутності однієї зі сторін справи (*ex parte*);
- на відміну від забезпечувальних заходів, які застосовує державний суд, арбітражні заходи забезпечення позову не є за своєю правовою природою такими, що підлягають виконанню самі по собі (через відсутність примусових повноважень у арбітражного суду);
- вжиття забезпечувального заходу саме по собі не примушує третіх осіб вступати в арбітражний процес (щоправда, може впливати на їх інтереси) [2, с. 6-8].

У цілому, існують всі підстави погодитися з твердженням С.А. Кузнєцова про те, що інститут забезпечувальних заходів у цілому має «безсумнівно процесуальний характер» [23, с. 6], у той час, як власне заходи забезпечення позову, за своїм характером, є матеріально-правовими, оскільки покликані впливати на матеріально-правові відносини шляхом встановлення судом певних обмежень і заборон.

У будь-якій правовій системі неминучою є затримка між відкриттям провадження у справі та остаточним урегулюванням (задоволенням або відхиленням) позовних вимог. Затримки у розгляді справи можуть призвести

до спроб позивача відстоювати свої порушені права у тому випадку, якщо відповідач має можливість або перешкоджати процесу (наприклад, шляхом знищення доказів), або позбавити успішного позивача його здобутків (наприклад, шляхом неощадливого поводження з його активами). Відповідні ризики, на переконання дослідника, існують і в контексті спорів, які сторони погодилися передати на розгляд арбітражного складу. Таким чином, суди розробили ряд забезпечувальних заходів, метою яких є забезпечення того, щоб, якнайдовше, права сторін не були б невіправно порушені в очікуванні остаточного рішення у справі [11, с. 315].

Як наголошують А. Твідейл і К. Твідейл, у країнах, де арбітражному складу надається повноваження застосовувати забезпечувальні заходи, це повноваження часто передбачає взаємодію з державними судами за місцем здійснення арбітражного розгляду, або іншим судом, що має відповідну юрисдикцію. Заходи забезпечення позову вчені об'єднують у чотири основні різновиди: 1. Заходи, що стосуються захисту доказів. 2. Охоронювані заходи, спрямовані на збереження status-quo. 3. Безпека грошових сум. 4. *Référé-provision* (повноваження, що існує у французькому праві, та дозволяє арбітру (*juge de référé*) направити частину заявленої суми позову кредитору у формі авансового платежу в якості компенсації від боржника) [29, с. 298, 303].

З урахуванням домовленостей сторін, визначених у арбітражній угоді, вжиття забезпечувальних заходів, зокрема, за Регламентом Міжнародної торгової палати, визначається двома групами факторів (факторами суб'єктного порядку та факторами матеріального порядку) [30, с. 38].

Фактори суб'єктного порядку стосуються осіб позивача, особи, яка подає клопотання про вжиття забезпечувального заходу, особи, щодо якої застосовується забезпечувальний захід. Згідно зі статтею 23 Регламенту Міжнародної торгової палати, лише сторони арбітражної угоди можуть подавати клопотання про вжиття забезпечувальних заходів до арбітражу або державних юрисдикційних органів.

До факторів матеріального порядку відносяться швидкість, невинуватий характер і ризик збільшення збитків, відсутність рішення по суті та ймовірності успішного вирішення справи по суті та пропорційність.

Фактор пропорційності передбачає, що між заподіяною шкодою або шкодою, яку може бути завдано заявникові, та тими збитками, які вжиття заходу забезпечення позову може завдати іншій стороні справи, має дотримуватися пропорційність. З метою обмеження ризиків деякі арбітражні рішення вимагають надання взаємних гарантій кожною стороною. Як зазначає Е. Жоліве, саме критерій пропорційності є найбільш виправданим у низці рішень з питань забезпечення позову з міркувань справедливості [30, с. 45].

Д. Бусі підкреслює, що загалом у науці не існує консенсусу відносно мети, функцій, належного (одноманітного) вжиття забезпечувальних заходів в арбітражному розгляді. Проте, деякі характеристики виокремлюються всіма дослідниками. Сторона арбітражу має здійснити запит щодо вжиття тимчасового або забезпечувального охоронного заходу за обставин, що свідчать про терміновість і ризик серйозної або невинуватної шкоди. Також, забезпечувальні заходи стосуються виключно сторін арбітражної угоди, та орган, що видає припис про вжиття заходів забезпечення позову може переглянути та змінити своє відповідне розпорядження [21, с. 585].

Засновуючись на аналізі сутності правовідносин, що виникають під час вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі, можна зробити висновок про те, що забезпечення позову міжнародним комерційним арбітражем, за своєю правовою природою, є процесуальним інститутом, що має такі основні ознаки:

- відсутність імперативної сили (забезпечувальні заходи застосовуються арбітражем на диспозитивних засадах і не можуть бути звернені до виконання в примусовому порядку без втручання державного суду);
- тимчасовий характер захисту прав;
- рішення про забезпечення позову не є остаточним рішенням у справі;

- забезпечувальні заходи мають бути пропорційними завданім заявникові (очікуваним) збиткам, а також тим збиткам, які вжиття заходу забезпечення позову може завдати відповідачеві (реалізація загальноправових принципів справедливості та рівності).

1.3. Принципи вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі

Окресленню принципів, притаманних міжнародному комерційному арбітражу як однієї з процедур альтеративного вирішення спорів, присвятили увагу такі вітчизняні та зарубіжні правники, як, зокрема, У. Батлер, Г.Б. Борн, В. Варано, Н. Ендрюс, Дж. Коен, К. Менкель-Мідоу, М. Моузес, С.В. Ніколюкін, А. Сімоні. Окремі засади забезпечення позову в арбітражі розглядалися А. Єсілірмаком, К. Кеседжіан, С.М. Лебедевим, Д. Лопатіною, Н. Павловою, Ю.Д. Притикою, Ж.-Б. Расіном, Р.М. Ходикіним, Г.А. Ціратом, Е. Жоліве. Водночас, комплексні, програмні дослідження з висвітлення принципів вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі в науковій юридичній літературі відсутні.

Принципи вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі можна розділити на дві групи: принципи, характерні для регулювання міжнародного комерційного арбітражу в цілому (загальноправові, міжгалузеві та спеціальні), та конкретно-правові принципи, властиві регулюванню забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі.

Спеціальними принципами, притаманними альтернативним способам урегулювання конфліктів (ADR), до яких відноситься, зокрема, міжнародний комерційний арбітраж, як зауважує С.В. Ніколюкін, є:

- 1) послідовність здійснюваних дій, направлених на досягнення конкретного результату;
- 2) дії, що здійснюються під час процедури примирення, мають законний характер, тобто не повинні порушувати норм законодавства;
- 3) звернення до таких процедур засноване на взаємній добрій волі сторін;

4) процедури спрямовані на врегулювання конфлікту, тобто на впорядкування та налагодження відносин між сторонами, пошук взаємовигідного шляху ліквідації конфлікту;

5) урегулювання конфлікту здійснюється мирним шляхом;

6) основними суб'єктами процедур є сторони конфлікту, хоча з метою сприяння його врегулюванню можливе залучення третьої особи, не наділеної правом прийняття рішення;

7) детального законодавчого врегулювання процедури не вимагають [31, с. 18].

К. Менкель-Мідоу, досліджуючи багатоманітність форм вирішення спорів у Сполучених Штатах Америки, наголошує на наступних ключових принципах, властивих приватним неформальним процедурам (до яких дослідниця відносить, у першу чергу, медіативні процедури та третейський розгляд):

пряма участь сторін у вирішенні спору та наявність у них більших повноважень при цьому;

принцип самовизначення;

принцип узгодженості;

індивідуальні рішення засновуються на врахуванні потреб та інтересів сторін спору, а не вказівок закону (використання індивідуальних, релігійних, етичних, соціальних принципів під час вирішення конфлікту);

можливість немайнового рішення в спорі (принесення вибачення, укладення угод, відшкодування збитків у натуральній формі);

вирішення спору на майбутнє без необхідності встановлення обставин та визнання вини;

принцип конфіденційності та принцип забезпечення таємниці приватних справ для будь-яких видів організацій і фізичних осіб;

принцип змагальності та принцип багатостороннього вирішення спору (участі в спорі більш, ніж двох заінтересованих осіб);

принцип зниження ступеню втручання в приватні справи та спори сторін професіоналів у сфері врегулювання конфліктів, використання принципу угоди сторін замість владного вирішення конфлікту;

гнучкість, у залежності від спору, процесуальних правил і практики;

ухвалення «умовних рішень» (таких, що можуть бути переглянуті через зміну обставин) з метою уникнення створення прецеденту;

переорієнтація сторін по відношенню одна до одної – просування відновлювального правосуддя замість розриву відносин, продовження конфлікту;

принцип терміновості (потенційно швидше та, як наслідок, дешевше вирішення справ);

принцип відповідності прийнятого рішення побажанням сторін [32, с.126].

Ю.Д. Притика зауважує на притаманності третейському судочинству спеціальних принципів, таких, як принцип добровільності утворення третейського суду, принцип арбітрування, принцип добровільності, згоди третейських суддів на їх призначення чи обрання в конкретній справі [33, с. 12].

Обґрунтованим видається твердження Т.Г. Захарченко про те, що принцип добровільності звернення до арбітражного розгляду є одним з основних принципів міжнародного комерційного арбітражу: «За загальним правилом арбітраж може відбуватися лише у разі наявності на це згоди сторін, яка фіксується в арбітражній угоді» [34, с. 30]. Водночас, як зауважує Т.Г. Захарченко, винятком із загального правила є порядок звернення в арбітраж, установлений Московською конвенцією про розв'язання арбітражним шляхом цивільно-правових спорів, що впливають з відносин економічного та науково-технічного співробітництва від 26.05.1972 р. (далі – Московська конвенція), учасником якої Україна не є. За своєю сутністю Московська конвенція розширює вимогу обов'язкового (примусового) арбітражу зі спорів у сфері її компетенції.

Згідно з положеннями статті 1 Московської конвенції всі спори між господарськими організаціями, що походять із договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають між ними в процесі економічного та науково-технічного співробітництва країн-учасниць, підлягають розгляду в арбітражному порядку **з виключенням підсудності таких спорів державним судам** [35].

Хоча Московська конвенція була невід'ємною частиною програми економічної інтеграції, що реалізовувалася в період епохи соціалізму, вона залишається відкритою до приєднання за наявності згоди сторін, що вже приєдналися до неї [станом на 30.03.2014 р. членами Московської конвенції залишаються Російська Федерація, Монголія, Словаччина, Куба та Болгарія – Г.П.]. На думку В. Батлера, Московська конвенція, незважаючи на її проголошення застарілою, такою, що втратила силу та не є застосовуваною, фактично залишається чинною як на законодавчому рівні, так і на практиці, що визнається державами-учасниками. Крім того, Московська конвенція ніколи не визнавалася такою, що вступає в протиріччя з Нью-Йоркською конвенцією 1958 року, державами, які ратифікували або приєднувалися до однієї із зазначених конвенцій (у випадку з Монголією – навіть, навпаки). З іншого боку, в арбітражній практиці учасників Московської конвенції визнається, що вона була призначена для підприємств державної форми власності [37, с. 49, 58].

Варто зазначити, що посилання на положення Московської конвенції містяться навіть у мотивувальних частинах рішень державних судів України (незважаючи на те, що Україна, по-перше, не є дійсним учасником Московської конвенції, та, по-друге, Московська конвенція недвозначно виключає підсудність спорів у сфері її компетенції державним судам), зокрема, рішенні Господарського суду Львівської області від 13.09.2011 р. № 5015/3965/11 у справі за позовом відкритого товариства ЦЕТА Цезари Жур Тадеуш і Тамара Курч Республіки Польща до приватного підприємства “АМП”, Україна, про стягнення заборгованості та штрафних санкцій за

невиконання зобов'язання [37], та у рішенні Господарського суду Львівської області від 14.03.2011 р. №2/190 за позовом фізичної особи-приватного підприємця (Україна) до HS-HANDEL Serhiy Hroholskyu (ФПГ) про стягнення заборгованості за оплату отриманого товару [38].

Таким чином, можна дійти справедливого висновку про те, що саме принцип добровільності (диспозитивності) є керівним принципом, що характеризує діяльність як державного суду, так і арбітражу під час вирішення цивільних справ. У відповідності з принципом диспозитивності учасникам спірного правовідношення під час звернення до державного суду або арбітражу забезпечується широка можливість, у межах закону, розпоряджатися як предметом спору (суб'єктивним матеріальним правом), так і правами, направленими на виникнення, розвиток і припинення діяльності із захисту цивільних прав [39, с. 4].

У наукових працях висловлюється думка про те, що, сторони арбітражної угоди іноді перебувають під хибним враженням, що можуть формулювати арбітражні застереження та готувати арбітражний розгляд, взагалі не беручи до уваги національне законодавство. Національні закони можуть здаватися незастосовними, якщо розглядати міжнародний арбітраж як автономну систему, що побудована виключно на волі сторін та на деяких міжнародних інструментах, які одноманітно застосовуються по всьому світові. Такий підхід, втім, на думку, зокрема, Дж. Кордеро-Мосс, є спрощеним [40, с. 7].

Дійсно, можна резюмувати, що принцип добровільності під час забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі застосовується дещо обмежено, оскільки сторони та арбітражний склад повинні здійснювати свої, відповідно, права та повноваження, керуючись нормами застосовного права.

Арбітражні регламенти, як правило, посилаються на дотримання принципу необхідності в якості вимоги для вжиття забезпечувального заходу. Таке посилення означає, що для того, щоб застосувати захід

забезпечення позову має існувати неминуча небезпека порушення позивача, в тому випадку, якщо арбітражний суд не застосує невідкладно відповідні заходи. Відповідно, з принципу необхідності походять два додаткові принципи: принцип терміновості та принцип преюдиціальності.

Враховуючи зазначені принципи, а також арбітражне прецедентне право, А. Єсілірмак пропонує керуватися п'ятьма основними принципами під час вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі [2, с. 174-175]:

1. *Prima facie* встановлення юрисдикції.
2. *Prima facie* встановлення обставин справи.
3. Терміновість.
4. Загроза невідвортної небезпеки.
5. Пропорційність [між заподіяною шкодою або шкодою, яку може бути завдано заявникові, та тими збитками, які вжиття заходу забезпечення позову може завдати іншій стороні справи – Г.П.].

Хоча класифікація дослідника видається логічною, принцип загрози невідвортної небезпеки, більш доцільно розглядати як складову принципу терміновості, відповідно до якого загроза наявності небезпеки порушення законних прав сторони арбітражної угоди є однією з ключових умов вжиття арбітражним складом заходу забезпечення позову.

Французький дослідник К. Кеседжіан відносить до принципів вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі принципи змагальності, терміновості, оцінки компетентності арбітражного суду, потенційних збитків сторін, перспективи вирішення справи по суті, дотримання процедурних гарантій, пропорційності [41, с. 84].

Тривалий час у правознавстві змагальність розглядалася як одна з основних процесуальних засад, властивих, насамперед, державному судочинству. Проте, у науковій доктрині висловлюється думка про те, що принцип змагальності не менш притаманний арбітражному розгляду, що

знаходить відображення у практичній діяльності арбітражних установ і арбітражів ad hoc [39, с. 33].

Варто зазначити, що деякі з принципів вжиття забезпечувальних заходів у арбітражі, що виокремлюються науковцями, є міжгалузевими (зокрема, принцип змагальності, принцип оцінки потенційних збитків або неотриманого прибутку, принцип дотримання процедурних гарантій).

Утім, необхідно зауважити, що питання оцінки потенційних збитків сторін (як відображення принципу врахування упущеної вигоди) тісно пов'язане з проблемою встановлення в арбітражній угоді порядку визначення розміру збитків, що підлягають відшкодуванню в разі порушення умов договору. Можна стверджувати, що принцип оцінки потенційних збитків не потребує виокремлення та акцентування, та, за змістом, є однією зі складових принципу пропорційності.

Як зауважує шведський юрист К. Содерлунд, включення в угоду заздалегідь зафіксованої суми збитків, що підлягають виплаті, таких як неустойка, штраф або пеня, є невід'ємним інструментом регулювання розміру збитків, особливо в торговельній діяльності та сфері будівництва. Водночас, у випадку, коли порушення угоди є предметом арбітражного розгляду, в першу чергу, необхідно встановити, яким чином подібне порушення вплинуло на здійснення компанією, якій було нанесено збитки, підприємницької діяльності. Якщо договір не містить положень, які регулюють розмір збитків, то в кожному конкретному випадку розмір упущеної вигоди буде обчислюватися виходячи з характеру наслідків порушення зобов'язання, а не зі змісту самого порушення [42, с. 438].

Враховуючи викладене, можна зробити висновок про те, що забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі базується, переважно, на тих самих підходах і засадах, що притаманні арбітражу як різновиду неформального правосуддя в цілому, але характеризується вжиттям і спеціальних (конкретно-правових) принципів.

Для мети дисертаційного дослідження пропонується виділити наступні основні принципи забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі:

- регулятивний принцип: регулювання правовідносин між сторонами шляхом вжиття заходів забезпечення позову за заявою однієї сторони по відношенню до іншої сторони спору, що розглядається міжнародним комерційним арбітражем;
- принцип диспозитивності, що полягає у тому, що звернення до процедури арбітражу, в тому числі, з клопотанням про забезпечення позову, повинне засновуватися виключно на добрій волі сторін арбітражної угоди, а також у тому, що виконання відповідного рішення арбітражу засновується на диспозитивних засадах (за умови невтручання державного суду в арбітражний розгляд);
- принцип пропорційності, або відповідності застосованого арбітражного забезпечувального заходу потенційним збиткам сторони (сторін) угоди. Варто зауважити, що наявність загрози потенційних збитків має бути достатньо обґрунтованою заінтересованою стороною (позивачем); рішення про достатність такого обґрунтування має прийматися арбітражним складом;
- принцип рівності сторін полягає у рівності сторін арбітражної угоди під час розгляду арбітражним складом (або державним судом на підтримку арбітражу) питання про забезпечення позову незалежно від походження, соціального та майнового стану, посади, національності, мови, інших обставин, що можуть обумовити переваги однієї зі сторін, обмеження однієї зі сторін в отриманні справедливого рішення;
- принцип терміновості полягає в тому, що рішення арбітражу про вжиття забезпечувального заходу має бути прийнято у строк, обумовлений обставинами, викладеними позивачем у заяві про забезпечення позову.

Висновки до розділу 1

1. Забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі пропонується визначити як передбачені законом заходи, що можуть застосовуватися уповноваженим арбітражним складом або державним судом на підтримку арбітражного розгляду з метою збереження статус-кво між сторонами та (або) забезпечення виконання майбутнього арбітражного рішення у справі.

2. Виходячи з критерію мети (функціонального призначення), у дисертаційному дослідженні пропонується поділ забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі на три групи.

Першу групу становитимуть забезпечувальні заходи, спрямовані на збереження статус-кво між сторонами (зобов'язання сторони (сторін) арбітражної угоди вчинити певні дії або утриматися від вчинення певних дій).

До першої групи, таким чином, можна віднести постанови арбітражного складу (рішення суду на підтримку арбітражного розгляду), що мають на меті збереження доказів, а також дотримання конфіденційності щодо будь-якої охоронюваної законом інформації відносно предмету спору, постанови про передачу спірного майна на зберігання незалежних третіх осіб до виконання певних, визначених сторонами угоди або арбітражним складом умов.

До другої групи пропонується віднести заходи, метою яких є забезпечення виконання майбутнього арбітражного рішення, насамперед, юрисдикційні акти, спрямовані на гарантування збереження активів, за рахунок яких може бути виконане майбутнє арбітражне рішення (забезпечення позову шляхом внесення авансу або банківської гарантії, утримання від витрачання грошових коштів, що знаходяться на рахунку, заборона продажу або іншого розпорядження майном, активами).

Третім, особливим, різновидом забезпечувальних заходів є антипозовні забезпечувальні заходи. Правова природа антипозовних забезпечувальних заходів та проблема їх приналежності до того чи іншого виду заходів забезпечення позову залишаються дискусійною. У дисертаційному дослідженні пропонується визначити антипозовні забезпечувальні заходи як особливий різновид забезпечувальних заходів, метою якого є утримання сторони арбітражної угоди від продовження провадження в суді або арбітражі в іншій юрисдикції з того ж самого питання в порушення арбітражної угоди. Антипозовні забезпечувальних заходів у дисертаційному дослідженні пропонується класифікувати за суб'єктом правозастосування, яким є арбітраж або компетентний державний суд, що застосовує відповідний захід з метою підтримки арбітражного розгляду.

3. За своєю правовою природою, забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі є процесуальним інститутом, у якості основних ознак якого пропонується визначити:

- відсутність імперативної сили (забезпечувальні заходи застосовуються арбітражем на диспозитивних засадах і не можуть бути звернені до виконання в примусовому порядку без втручання державного суду);
- тимчасовий характер захисту прав;
- рішення про забезпечення позову не є остаточним рішенням у справі;
- забезпечувальні заходи мають бути пропорційними завданім заявникові (очікуваним) збиткам, а також тим збиткам, які вжиття заходу забезпечення позову може завдати відповідачеві (реалізація загальноправових принципів справедливості та рівності).

4. Для мети дисертаційного дослідження пропонується виокремлювати наступні основні принципи забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі:

- 1) регулятивний принцип: регулювання правовідносин між сторонами шляхом вжиття заходів забезпечення позову за заявою однієї сторони по

відношенню до іншої сторони спору, що розглядається міжнародним комерційним арбітражем;

2) принцип диспозитивності, що полягає у тому, що звернення до процедури арбітражу, в тому числі, з клопотанням про забезпечення позову, повинне засновуватися виключно на добрій волі сторін арбітражної угоди, а також у тому, що виконання відповідного рішення арбітражу засновується на диспозитивних засадах (за умови невторчання державного суду в арбітражний розгляд);

3) принцип пропорційності, або відповідності застосованого арбітражного забезпечувального заходу потенційним збиткам сторони (сторін) угоди. Варто зауважити, що наявність загрози потенційних збитків має бути достатньо обґрунтованою заінтересованою стороною (позивачем); рішення про достатність такого обґрунтування має прийматися арбітражним складом;

4) принцип рівності сторін полягає у рівності сторін арбітражної угоди під час розгляду арбітражним складом (або державним судом на підтримку арбітражу) питання про забезпечення позову незалежно від походження, соціального та майнового стану, посади, національності, мови, інших обставин, що можуть обумовити переваги однієї зі сторін, обмеження однієї зі сторін в отриманні справедливого рішення;

5) принцип терміновості полягає в тому, що рішення арбітражу про вжиття забезпечувального заходу має бути прийнято у строк, обумовлений обставинами, викладеними позивачем у заяві про забезпечення позову.

РОЗДІЛ 2. СПОСОБИ ВЖИТТЯ ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ

2.1. Органи, уповноважені на вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі

Захист інтересів сторін арбітражної угоди може бути реалізований лише в тому випадку, коли рішення про забезпечення позову підлягає обов'язковому виконанню. Тому міжнародні договори, національне законодавство, регламенти арбітражних інститутів, у переважній більшості, містять норми, що врегульовують процедуру вжиття забезпечувальних заходів арбітражем, можливість підтримки забезпечення позову державними судами, доарбітражні процедури, спрямовані гарантувати законні права сторін на подальших стадіях арбітражного розгляду. Основним недоліком вжиття забезпечувальних заходів арбітражним складом є відсутність у арбітрів імперативних повноважень з приводу виконання рішення про забезпечення позову, на що неодноразово звертали увагу правознавці (зокрема, Г.Б. Борн, Н. Ендрюс, А. Єсілірмак, С.О. Кравцов, С.М. Лебедев, М. Моузес, С.В. Ніколюкін, Ю.Д. Притика, Г.А. Цірат).

Історично, повноваження забезпечувати позов розглядалося у правових системах як таке, що належить виключно державним судам, укорінене у сфері дії правових засад публічного характеру. Втім, із часом, почало відбуватися визнання ефективності та надійності арбітражу як спорів вирішення спорів. З метою засвідчення зростаючого використання арбітражу та необхідності захисту прав сторін арбітражної угоди в порівнянні з відповідними можливостями державної юрисдикції, як наголошує Д. Бусі, держави розпочали вдосконалювати національне законодавство про арбітраж щоб дозволити арбітрам застосовувати забезпечувальні заходи. Роль державних судів у вжиття позову почала сприйматися не окремо від

арбітражу, а як така, що повинна сприяти ефективності арбітражного розгляду. В результаті, значна частина держав модернізувала національне арбітражне законодавство таким чином, щоб дозволити або арбітражному складу забезпечувати позов, або сторонам арбітражної угоди - надавати арбітрам відповідні повноваження [21, с. 588].

Іноді забезпечення позову арбітражним складом може бути недоступним; наприклад у випадках, коли для вжиття відповідного заходу державний примус є необхідним. У таких ситуаціях повноваження застосовувати забезпечувальні заходи розподіляються між арбітражем і судом. Дослідники наголошують на необхідності розмежування їх юрисдикції у відповідних сферах [43, с. 426].

Головним питанням стосовно тимчасового (попереднього) захисту прав сторін арбітражної угоди залишається вибір установи, що здійснюватиме такий захист, а саме арбітражного суду (*ad hoc* або арбітражного інституту) або державного судового органу. Сторони арбітражної угоди можуть домовитися про забезпечення позову в одній чи обох цих установах. Водночас, як підкреслює А. Єсілірмак, у деяких випадках, арбітражні та державні суди, відповідно до застосовуваного арбітражного регламенту та права, мають конкурентну юрисдикцію із забезпечення позову. Сторони також можуть домовитися в арбітражній угоді задовольняти позови щодо вжиття забезпечувальних заходів шляхом, наприклад, звернення до термінових арбітрів (*emergency arbitrators*), доарбітражних третейських суддів (*pre-arbitral referees*) або діючих арбітражних інститутів [2, с. 48].

Е. Коллінз наголошує на тому, що арбітражні установи повинні піклуватися про заповнення прогалін стосовно переліку заходів, які може застосовувати міжнародний комерційний арбітраж, оскільки компанії зазвичай надають перевагу арбітражу порівняно з міжнародними судовими процесами, але, донедавна, не було змоги забезпечити терміновість у арбітражі. З метою подальшого розвитку та сприяння арбітражу, надання ефективної альтернативи судовому розгляду, арбітражні інститути мають

надавати заходи для якомога більшої кількості потенційних ситуацій – у тому числі, термінових ситуацій, які необхідно вирішувати до формування арбітражного складу [44, с. 106].

Швейцарський дослідник П'єр Терсьє, аналізуючи положення Регламенту доарбітражного третейського розгляду (*Réglement de référé pré-arbitral*) Арбітражного суду Міжнародної торговельної палати (далі – RPreArb-CCI) [45], зазначає, що концепція доарбітражного третейського розгляду характеризується трьома ознаками:

1. Ідеться про процедуру, яка в інших системах має назву забезпечення позову. Автори RPreArb-CCI надали перевагу вислову з французького права «*le référé*», здійснивши вибір, що не сприяє визнанню та використанню терміну за кордоном. Учений наголошує на коливанні термінології, що використовується в різних країнах для визначення забезпечення позову, проте вказує на один і той самий правовий інститут, що дозволяє державному судді або арбітру прийняти, за позовом однієї зі сторін арбітражної угоди, рішення попереднього характеру для тимчасового захисту інтересів цієї сторони.
2. Доарбітражний третейський розгляд є різновидом арбітражної процедури. Він включає заходи, що застосовуються не державним суддею, а особою, якій сторони арбітражної угоди довіряють, за окремою домовленістю, право застосовувати забезпечувальні заходи.
3. Попередній характер процедури («доарбітражний») [46, с. 47-48].

Згідно з положеннями RPreArb-CCI сторони можуть самостійно обрати третейського суддю для доарбітражного розгляду, або погодитися на кандидатуру, призначену Президентом Арбітражного суду Міжнародної торговельної палати. Забезпечувальні заходи, застосовані таким третейським суддею, носять зобов'язальний характер для сторін арбітражної угоди, доки немає іншого рішення з цього приводу третейського судді, державного суду або арбітражного складу. Вжиття процедури, визначеної RPreArb-CCI, вимагає укладення письмової угоди між сторонами, яка може

тлумачитися як частина основної арбітражної угоди або включена до неї пізніше.

Згідно з положеннями пункту 3.2 RPreArb-CCI запит щодо призначення третейського судді для доарбітражного розгляду здійснюється однією чи обома сторонами арбітражної угоди і надсилається в двох примірниках до Секретаріату Арбітражного суду Міжнародної торговельної палати. Сторона, яка вимагає призначення, повинна повідомити іншу сторону про запит найшвидшим доступним способом.

Після отримання відповіді, або протягом восьми днів (пункт 3.4 RPreArb-CCI) з моменту, коли інша сторона отримала запит (залежно від того, що відбудеться раніше), Президент Арбітражного суду Міжнародної торговельної палати, відповідно до положень статті 4 RPreArb-CCI, призначає або погоджену обома сторонами кандидатуру, або, якщо сторони не погодили спільну кандидатуру для доарбітражного третейського розгляду, кандидатуру на власний розсуд.

Арбітр, в межах передбачених пунктом 2.1 RPreArb-CCI повноважень (зокрема, правом застосовувати забезпечувальні та відновлювальні заходи термінового характеру з метою попередження невідвортної шкоди та збереження прав або власності сторони, зобов'язати одну зі сторін здійснити виплату коштів на користь другої сторони або третьої особи, зобов'язати сторону вжити заходи, які мають бути вжиті відповідно до арбітражної угоди, підписати чи надати будь-який документ, вимагати втручання сторони з метою підписання або надання певного документу, застосовувати всі необхідні заходи, спрямовані на збереження та встановлення доказів), та відповідно до домовленості сторін арбітражної угоди, керується під час здійснення своїх функцій власним переконанням (пункт 5.3 RPreArb-CCI).

Арбітр доводить до відома сторін результати свого дослідження щодо предмету доарбітражного розгляду для надання ними коментарів.

Стаття 9В Арбітражного регламенту Лондонського міжнародного арбітражного суду (далі – LCIA) в редакції від 1.10.2014 року передбачає

можливість сторони арбітражної угоди у термінових випадках у будь-який момент до формування арбітражного складу звернутися до LCIA із заявою про призначення тимчасового арбітра для проведення термінового розгляду в очікуванні формування арбітражного складу [47].

Міжнародний центр з вирішення спорів Американської арбітражної асоціації (далі - AAA) у статті 6 Арбітражного регламенту в редакції від 1.06.2014 року встановлює процедуру призначення термінового арбітра. Згідно з положеннями пунктів 1-8 зазначеної статті сторона арбітражної угоди може звернутися за терміною допомогою до призначення арбітражного складу шляхом надання письмового запиту Адміністратору та іншим сторонам угоди, виклавши сутність забезпечувального заходу, що вимагається, та причини, що зумовлюють необхідність його вжиття в терміновому порядку. Такий запит може бути направлений, зокрема, по e-mail. Адміністратор має призначити термінового арбітра протягом одного робочого дня з моменту отримання запиту сторони [48].

Заява щодо призначення термінового арбітра, відповідно до змісту статті 2 Додатку II Арбітражного регламенту Арбітражного інституту Стокгольмської торговельної палати, має містити елементи:

1. Зазначення імен, адрес, номерів телефонів, факсів, електронних адрес сторін арбітражної угоди та їх юридичних радників.
2. Скорочений виклад суті спору.
3. Обґрунтування необхідності вжиття забезпечувальних заходів у терміновому порядку.
4. Копію або виклад змісту арбітражної угоди або арбітражного застереження сторін, на основі якої має бути здійснений розгляд спору.
5. Коментарі з приводу місця термінового розгляду, застосовного права та мови розгляду.
6. Доказ сплати внеску за проведення термінового розгляду [49].

Порівняно з державними судами, на думку Г.А. Цірата, міжнародні комерційні арбітражі в багатьох країнах знаходяться в більш «вразливому»

становищі: «Цивільне процесуальне законодавство багатьох країн знає такі інститути, як забезпечення доказів та попередні забезпечувальні заходи, забезпечення позову та забезпечення виконання судового рішення. Ці засоби відрізняються за змістом тим, на яких стадіях судового процесу вони можуть бути застосовані та органами, які ці засоби можуть застосовувати [26, с. 64-65].

Основною причиною продовження зростання популярності міжнародного арбітражу є те, що звернути до виконання арбітражне рішення зазвичай простіше, ніж рішення іноземного суду у більшості держав, значною мірою, завдяки Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень від 10.06.1958 р. (далі – Нью-Йоркська конвенція), відповідно до якої держави-учасники повинні визнавати арбітражні рішення як обов'язкові та звертати їх до виконання у відповідності до процесуальних норм тієї території, де вистебовується визнання та звернення до виконання цих рішень, за деяких винятків, та іншим основоположним міжнародним договорам у сфері арбітражу [50].

Нью-Йоркська конвенція, проте, не містить специфічних норм із вжиття арбітрами заходів забезпечення позову. Щоправда, як зауважує Г.Б.Борн, деякі державні суди Сполучених Штатів Америки інтерпретують положення частини третьої статті 2 Нью-Йоркської конвенції як заборону державним судам країн-членів Нью-Йоркської конвенції застосовувати забезпечувальні заходи в підтримку арбітражу [8, с. 814].

Згідно з положеннями статті VI Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж від 21.04.1961 р. (далі – Женевська конвенція) позов про вжиття тимчасових або охоронних заходів, поданий до державного судового органу, не повинен розглядатися як несумісний із арбітражною угодою, або тлумачитися як передача справи до державного суду для розгляду справи по суті [51].

У більшості юрисдикцій, якщо арбітражний склад ще не було сформовано, сторони угоди можуть звернутися до державного суду щодо

вжиття забезпечувальних заходів з метою захисту через наявність безпосередньої загрози. За таких умов, якщо дійсно існує потреба у терміновому забезпеченні позову, його здійснює місцевий суд. Проте, як тільки арбітраж буде сформовано, порядок дій сторін дещо відрізнятиметься; наприклад, за деякими регламентами арбітражних інститутів, після сформування арбітражного складу передбачається, що сторони звертатимуться до державного суду лише «за певних обставин» (Арбітражний регламент Міжнародної торговельної палати) або, відповідно до інших регламентів, «у виключних випадках» (Арбітражний регламент LCIA) [4, с. 108].

Як зазначає Ю.Д. Притика, найпоширенішими випадками звернення до державного суду для вжиття забезпечувальних заходів є випадок, коли на момент виникнення спору ще немає призначеного складу арбітражного суду, перед яким сторона могла б клопотати про вжиття забезпечувального заходу, який на практиці часто є необхідним саме в момент, коли приймається рішення про початок процесу, та випадок відсутності примусових повноважень арбітра, який, відповідно, не може примусити виконати запобіжний захід особу, яка не є стороною провадження, або сторону, яка відмовляється від виконання заходу чи взагалі не з'являється до арбітражного суду [52, с. 141-142].

А.Єсірмак формулює перелік причин, які обумовлюють важливість підтримки повноважень арбітражного складу із забезпечення позову:

- найвища повага до непорушності договору, який засвідчений і має бути виконаний у тому вигляді, як це передбачено арбітражною угодою. Коли сторони обирають арбітраж в якості способу вирішення спору, їх головною метою є вирішення будь-яких спорів, що можуть виникнути між ними в майбутньому, арбітражним складом і уникнення передачі спору до державної судової установи. Необхідно ставитися з повагою до намагання сторін арбітражної угоди уникнути розгляду справи в суді, оскільки така мета є відображенням принципу автономії волі. Як підкреслює дослідник,

використання судової ланки влади в порушення дійсного арбітражного застереження може «зруйнувати» арбітражну угоду [2, с. 50];

- повага до розподілу ризиків, погодженого сторонами, також підтримує арбітражну угоду. На момент укладення договору сторона могла мати намір не ризикувати, маючи справу з «забаганками законів» (*vagaries of laws*) іноземної держави або практики іноземного суду;

- якщо остаточне вирішення спору доручається арбітрам, довіра щодо обрання забезпечувального заходу має бути продемонстрована арбітражному складу відносно того ж самого спору;

- як правило, арбітри мають краще положення відносно державних суддів стосовно визначення, чи запит про забезпечення позову використовується в якості «вповільнюючої тактики» чи «наступальної зброї», або, навпаки, існує справжня потреба в застосуванні забезпечувального заходу. Такий стан речей пояснюється тим, що арбітри, зазвичай, більш обізнані з фактами, ніж державні судді, а також розглядають справу з початку та до її остаточного вирішення;

- спірним залишається те, що компетенція арбітрів стосовно справи, що розглядається, робить арбітраж більш підходящим способом вирішення спору. Так, позов щодо вжиття заходу забезпечення позову має більше шансів бути задоволеним своєчасно, коли це питання вирішується арбітрами;

- арбітраж, зазвичай, має менш руйнівний вплив на ділові стосунки між сторонами договору. Винесення спору з-під компетенції арбітражу для вжиття забезпечувального заходу може негативно вплинути на процес вирішення спору, а, отже, на відносини сторін;

- існує висока ймовірність того, що під час арбітражного розгляду питання про забезпечення позову, аргументи сторін, предмет арбітражу (наприклад, комерційна таємниця), а, в окремих випадках, саме здійснення арбітражного розгляду мають залишатися конфіденційними. Стосовно забезпечувальних заходів, застосовуваних державним судом, конфіденційність не завжди може

бути гарантована, оскільки більшість судових розглядів у державних судах є публічними;

- вид і форма арбітражних забезпечувальних заходів зазвичай є гнучкими та пристосованими під конкретну справу; відповідно, арбітри, на відміну від державного судді, можуть обрати найбільш слушний вид і форму рішення, беручи до уваги різні аспекти справи;

- арбітражні забезпечувальні заходи не є настільки витратними, як заходи забезпечення позову, застосовувані державним судом [2, с. 49-53].

Стаття 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ, передбачаючи правило про повноваження арбітражу застосовувати забезпечувальні заходи, не містить жодних положень про звернення таких заходів до виконання в примусовому порядку державними судами [53]. Водночас, відповідні положення містяться у законодавстві деяких країн. Наприклад, як зауважує В.М. Захватаєв, відповідно до німецької судової практики, коли сторона звертається до державного суду з метою примусового виконання забезпечувальних заходів, застосованих арбітражним судом, суд звертає їх до виконання без розгляду по суті.

Дослідник посилається на справу, що розглядалася Вищим земельним судом Франкфурта у 2001 році. Сторона арбітражного розгляду подала до суду клопотання про проголошення попередньої постанови про забезпечувальні заходи, прийнятої арбітражем відповідно до положень статті 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ, такою, що підлягає примусовому виконанню. У рішенні суд зазначив, що відповідно до пункту 2 статті 1041 Цивільного процесуального кодексу Німеччини, за клопотанням заінтересованої сторони, німецький державний суд має право видати припис про звернення рішення арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів до виконання. Суд може зробити це або в тій формі, в якій захід був застосований арбітражем, або у відмінній формі, якщо це необхідно для належного виконання. При цьому суд зазначив, що для звернення заходу до

виконання державним судом вимагається, щоб він кваліфікувався як тимчасовий або такий, що слугує меті забезпечення можливих вимог.

Суд підкреслив, що захід може бути кваліфікований як тимчасовий або забезпечувальний навіть у тому випадку, коли на його основі згодом може бути задоволено відповідний позов сторони. У будь-якому випадку, якщо заходи, застосовані арбітражем, підпадають під таку кваліфікацію, суд проголошує їх такими, що підлягають виконанню без розгляду по суті, виходячи з того, що вони краще за державний суд можуть оцінити ситуацію, що склалася, відповідно, прийняти більш вірне рішення з трудового спору. При цьому Рада організації посилалася не лише на положення Закону про трудові відносини в промисловості, що наділяв Раду відповідними повноваженнями, але також, зокрема, на статтю 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ [1, с. 784-785].

Незважаючи на почастищення вжиття забезпечувальних заходів, не існує консенсусу, як наголошує Д. Бусі, відносно мети надання арбітражу повноваження щодо вжиття заходів забезпечення позову та перспектив їх звернення до виконання. У спробі заохочення до одноманітного вжиття забезпечувальних заходів ЮНСІТРАЛ внесла зміни до відповідних положень Типового закону ЮНСІТРАЛ у 2006 році. Перегляд Типового закону був спрямований на удосконалення положень щодо повноважень арбітражу застосовувати забезпечувальні заходи, визначення мети таких заходів та ролі державних судів у підтримці та виконанні заходів забезпечення позову, застосованих арбітражем. Незважаючи на намагання ЮНСІТРАЛ сприяти одноманітності і гармонізації через положення типового законодавства та завбачений успіх змін, більшість держав досі не запровадили доповнення 2006-го року до статті 17 Типового закону [21, с. 582].

Спеціальні положення щодо визначення повноважень державного суду у сприянні арбітражу щодо забезпечення позову містить стаття 17J Типового закону ЮНСІТРАЛ, згідно з якою незалежно від того, де знаходиться місце арбітражного розгляду, на території відповідної державі, або ні, відносно

прийняття рішення про вжиття забезпечувального заходу у зв'язку з арбітражним розглядом, державний суд має такі самі повноваження, як і відносно судового процесу. Суд здійснює зазначені повноваження відповідно до власних процедурних норм із урахуванням особливостей міжнародного арбітражу.

Прийняття державами актуальних змін до національних законів про міжнародний комерційний арбітраж, що базуються саме на Типовому законі ЮНСІТРАЛ, дає можливість зробити національне регулювання уніфікованим [165], та сприяє делокалізації міжнародного комерційного арбітражу, що видається позитивною тенденцією.

Проте, варто зазначити, що станом на 1 вересня 2015 року зміни 2006-го року враховані в національному законодавстві лише деяких юрисдикцій, серед яких Австралія, Бельгія, Грузія, Ірландія, Литва, Нова Зеландія, Перу, Словенія, Британські Віргінські Острови, Штат Флорида Сполучених Штатів Америки.

Для сторін арбітражної угоди регламенти інституційних арбітражів, які вони обирають для вирішення спору, матимуть вирішальний вплив на те, чи будуть вони в змозі отримати належне забезпечення позову.

Останні зміни до Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ в частині вжиття забезпечувальних заходів діють з 15 серпня 2010 року. На думку Л.А. Такер, хоча окремі положення статті 26 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ щодо вжиття забезпечувальних заходів віддзеркалюють відповідні положення статті 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ у редакції 2006 року, невеликі, але важливі розбіжності між ними засвідчують різницю між їх правовою природою та цілями, а також роки дискусій стосовно впровадження ряду норм. Зокрема, істотним є те, що переглянутий Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ не містить жодних положень щодо звернення до виконання рішення про вжиття забезпечувальних заходів, пропонує розширене визначення заходів забезпечення позову, дещо інше тлумачення відповідальності за завдану забезпеченням позову шкоду, а

також не містить жодної згадки про спірні попередні постанови. У підсумку, переглянутий Арбітражний регламент репрезентує розсудливий і більш досконалий підхід, який може доповнити Типовий закон ЮНСІТРАЛ, але через розбіжності між ними та факт, що лише невелика кількість держав врахувала у національному законодавстві зміни до Типового закону 2006-го року, сучасні стандарти вжиття заходів забезпечення позову на практиці можуть зіткнутися з низкою викликів [54, с. 15].

Як зазначається у пункті 105 звіту Робочої групи ЮНСІТРАЛ за матеріалами її сорок п'ятої сесії, Робоча група в цілому вважала, що стаття 26 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ повинна бути переглянута з урахуванням нової Глави IV-A Типового закону ЮНСІТРАЛ.

У Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ в редакції 1976 року пункт 1 статті 26 було викладено в наступній редакції: «На прохання будь-якої зі сторін, арбітражний суд має право приймати будь-які забезпечувальні заходи, які вважатиме необхідними щодо предмету спору, в тому числі заходи по збереженню товарів, що є предметом спору, наприклад, передачу їх на зберігання у третьої особи або продаж швидкопсувних товарів».

Слова «щодо предмету спору», які були видалені з еквівалентних положень статті 17 Типового закону в редакції 1985 року, могли бути видалені зі статті 26 Арбітражного регламенту через свій занадто обмежувальний зміст. Членами Робочої групи було висловлено припущення про те, що переглянуті положення про забезпечувальні заходи можуть прояснити обставини, умови та порядок забезпечення позову у відповідності до Глави IVA Типового закону ЮНСІТРАЛ, або бути укладені таким чином, що вони втілюватимуть принцип автономії волі, представлений положеннями Типового закону. Робоча група погодила, враховуючи характер Арбітражного регламенту як потенційно ширше застосовуваного сторонами арбітражної угоди документу, що певні нові положення Глави IV Типового закону (зокрема, положення про звернення до виконання) не повинні бути обов'язково відтворені в Арбітражному регламенті з огляду на їх

дискусійний характер [55, с. 22]. На думку правознавців це означає, що Арбітражний регламент є більш скороченим, простим і гнучким для вжиття під час вирішення спору ніж Типовий закон, основною метою якого є пропозиція опорного тексту для законотворчості. Гнучкість положень Арбітражного регламенту приймає форму текстових розбіжностей, що розширюють визначення обставин і підстав вжиття заходів забезпечення позову. Водночас, в тексті Арбітражного регламенту здійснено спробу підвищити ступінь прозорості для сторін і арбітрів, наприклад чітко позначити ризики можливого понесення відповідальності за шкоду, яку може бути завдано сторонам угоди внаслідок вжиття забезпечувальних заходів, у випадку, якщо вирішення спору по суті доведе необґрунтованість вжиття заходів забезпечення позову [54, с. 22].

Згідно з частиною другою статті 26 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ забезпечувальний захід – це будь-який тимчасовий захід, за допомогою якого в будь-який момент, що передує винесенню рішення, яким остаточно буде врегульовано спір, арбітраж видає розпорядження про те, щоб, наприклад, окрім іншого, та або інша сторона: а) підтримувала або відновила статус-кво до вирішення спору; б) застосувала заходи з метою попередження і) поточної або невідвортної шкоди або ii) шкоди самому арбітраж, або утримувалася від вжиття таких заходів, які можуть завдати такої шкоди; с) надала кошти для збереження активів, за рахунок яких може бути виконане майбутнє арбітражне рішення; d) зберегла докази, які можуть стосуватися справи і мати суттєве значення для вирішення спору [56].

Таке визначення забезпечувального заходу є дуже близьким до визначення, запропонованого статтею 17 оновленого Типового закону ЮНСІТРАЛ.

Отже, відповідно до положень Типового закону та Арбітражного регламенту забезпечувальний захід повинен забезпечити статус-кво до ухвалення остаточного рішення у справі. Наприклад, одна зі сторін може розглядати можливість міжнародного спору про будівництво, де арбітражний

склад вимагає продовження виконання робіт від головного забудовника навіть незважаючи на те, що він стверджує, що має право призупинити роботи доки замовник здійснить виплати на додаток до суми заборгованості за контрактом. Водночас, замовник зазвичай буде зобов'язаний продовжувати здійснення платежів, які він безсумнівно повинен здійснювати за контрактом. Вочевидь, такий забезпечувальний захід запобігає дорогій зупинці будівельних робіт до вирішення спору. Підтримання статус-кво широко застосовується у багатьох правових системах в якості найважливішої призначення забезпечення позову [43, с. 426].

Верховний Суд Сполучених Штатів Америки (держави, що не імплементувала Типовий закон ЮНСІТРАЛ; в якій лише законодавство про арбітраж окремих штатів побудовано на положеннях Типового закону) запровадив чотири етапи «випробування» для надання або відмови у забезпеченні позову. У випадках, коли сторона заявляє клопотання про надання забезпечувального заходу, на неї покладається обов'язок переконати державний суд, що:

1. Існує ймовірність отримання позитивного остаточного рішення в справі.
2. Якщо засіб судового захисту не буде застосовано, існує ймовірність того, що сторона зазнає не виправної шкоди.
3. Баланс справедливих вимог свідчить на користь вжиття забезпечувального заходу.
4. Забезпечення позову - в інтересах держави [57].

Заходи, що застосовуються відповідно до пункту «с» частини другою статті 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ (спрямовані на збереження активів), можуть, наприклад, включати розпорядження стороні угоди утриматися від переведення коштів до менш сприятливого для подальшого виконання рішення арбітражу правопорядку – такого, як острови Карибського моря, що не є частиною Нью-Йоркської конвенції 1958 року, розпорядження про призначення управляючого активами, або розпорядження про охорону товарів [43, с. 427].

Що стосується зберігання доказів у справі, воно може бути реалізоване, зокрема, шляхом призначення незалежного експерта, який виконає оцінку

якості швидкопсувних товарів. Арбітри можуть також зобов'язати сторону надати іншій стороні можливість оглянути власність, що підлягає передачі, з метою відшукати та зберегти докази [Там же].

Відповідно до матеріалів звіту Робочої групи ЮНСІТРАЛ за результатами її п'ятдесятої сесії, Робоча група розробляла й альтернативну пропозицію щодо визначення заходу забезпечення позову в тексті Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, відповідно до якої текст статті 26 був спрощений і значно скорочений [163]. Представники Робочої групи засновувались на припущенні, що настільки детальне визначення є зайвим, оскільки може тлумачитися виходячи з положень національного законодавства.

Американські дослідники П. Шервін і Д. Ренні дійшли висновку про те, що хоча немає жодного арбітражного регламенту, який би надавав достатньо повний перелік можливих опцій, про які може клопотати сторона, арбітражні установи, що намагались вирішити проблему забезпечення позову арбітражним складом, запровадили ряд життєздатних процедур, які, на переконання вчених, іншим інституціям варто розглянути на предмет включення в текст власних регламентів, зокрема, доарбітражний третейський розгляд, процедури прискорення формування арбітражного складу та прийняття остаточного рішення у справі [58, с. 319].

Коли сторона звертається до арбітражу з проханням забезпечити позов, арбітражний склад має вирішити, чи має повноваження задовольнити такий запит, засновуючись на прийнятих стандартах і процедурах. Національним арбітражним законам, особливо заснованим на Типовому законі ЮНСІТРАЛ у редакції 1985 року, не вистачає ясності відносно повноважень арбітражу. Відповідно, арбітри мають урегулювати між собою національні закони, регламент інституційного арбітражу - у разі, якщо, відповідно до умов арбітражної угоди, вони мають керуватися конкретним регламентом, а також волю сторін щоб з'ясувати обсяг своїх повноважень. Доки в науці існує точка зору, що певна туманність стосовно таких положень спрямована надати

арбітрам широку свободу дій; інші дослідники сперечаються про те, що арбітражне законодавство має збалансувати існуючу гнучкість і надати арбітрам задовільне керівництво щоб зменшити плутанину та вагання. Фахівці в сфері арбітражу намагалися зібрати послідовне керівництво з сум'яття арбітражних законів і регламентів, але й досі не створено одноманітної схеми, якою вони могли б керуватися [21, с. 602].

В.М. Захватаєв звертає увагу також на випадок, коли сторони підіймають в суді питання конституційності положень, що надають арбітрам повноваження самостійно визначати свої повноваження, у тому числі, в частині вжиття забезпечувальних заходів. Наприклад, відповідач звернувся до Верховного Суду провінції Британська Колумбія з клопотанням про відміну рішення, ухваленого арбітражем, мотивуючи заявлені вимоги тим, що арбітраж вказав у своїй постанові, що сторони, за взаємною домовленістю, доручили йому застосувати заходи забезпечення позову. Відповідач стверджував, що арбітраж необґрунтовано дійшов висновку про те, що він має право самостійно вирішувати дане питання, засновуючись на положеннях статей 16, 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ. Арбітраж установив, що сторони домовились про вжиття Закону Британської Колумбії «Про міжнародний комерційний арбітраж». У Верховному Суді відповідач доводив, що статті 16, 17 і пункт 6 статті 31 зазначеного Закону, є неконституційними, суперечать положенням статті 96 Конституції Британської Колумбії. Натомість, Верховний Суд Британської Колумбії зазначив, що положення статті 96 Конституції Британської Колумбії ніколи не тлумачилися як такі, що забороняють громадянам призначати в якості свого «приватного судді» іншого громадянина, надавши йому відповідні повноваження з метою вирішення їх спору. Суд звернув увагу на те, що арбітраж не є державним органом провінції, та, з огляду на це, положення Конституції провінції не порушені [1, с. 786].

С.А. Курочкін констатує, що держава володіє виключним правом на здійснення юрисдикції в межах своєї території, виявленням чого є

відправлення правосуддя, ухвалення імперативних рішень державними судами. Визнання та виконання на суверенній території актів інших юрисдикційних органів (зокрема, третейських судів і міжнародних комерційних арбітражів) можливе лише у визначених державою межах шляхом визнання юридичної сили таких актів та вираження згоди на використання механізму примусового виконання. Цілком закономірним, на думку дослідника, є прагнення будь-якої держави побудувати систему, що дозволяла б, у тій або іншій мірі, контролювати юрисдикційні акти, що включаються до правопорядку. Основним засобом реалізації такої контрольної функції є судовий контроль, а його формами – провадження про видачу виконавчого листа на примусове виконання рішень третейських судів про визнання та звернення до виконання іноземних арбітражних рішень [59, с. 469].

Державні суди Сполучених Штатів Америки сприйняли три різні підходи щодо сприяння арбітражу в частині вжиття заходів забезпечення позову [57, с. 37-38]:

1. Державні суди заперечують наявність у них повноважень вживати забезпечувальні заходи в підтримку арбітражного розгляду. Такий підхід заснований на широкому тлумаченні статті 2 Нью-Йоркської конвенції як такої, що забороняє державним судам втручання в арбітраж, а також позиції про те, що сторона арбітражної угоди, яка заявляє клопотання про надання засобів судового захисту, насправді намагається обійти погоджений раніше спосіб вирішення спору. Як зауважує Е. Секстон, такий підхід зазнав критики як науковців, так і суддів, оскільки в його основі – викривлена інтерпретація Нью-Йоркської конвенції, що є несумісною з історією прийняття Нью-Йоркської конвенції та розробки її положень.

2. Другий підхід, навпаки, передбачає, що наявність арбітражного застереження жодним чином не лімітує повноважень державного суду із забезпечення позову. Проте, якщо сторони домовилися вирішувати спори в порядку арбітражу, нелогічним є припущення, що арбітражна угода

передбачає остаточне вирішення спору, але виключає повноваження арбітрів застосовувати забезпечувальні заходи. Сутність арбітражного застереження полягає у прийнятті сторонами рішення не звертатися до державного суду, часто, з міркувань конфіденційності або заощадження витрат. Коли спір виникає між сторонами в різних юрисдикціях, вирішення про арбітражний розгляд також репрезентує зважений вибір запобігти наданню одній із сторін переваги розгляду спору в судах її держави.

3. Найбільш зваженим видається третій підхід, відповідно до якого арбітри є первинним джерелом забезпечення позову під час арбітражного розгляду, проте доступ сторін угоди до державних судів не виключається.

Забезпечувальні заходи потенційно гарантують стороні арбітражної угоди швидкий і своєчасний захист прав і власності. Оскільки, як правило, сторони надають перевагу арбітражному розгляду спору, щоб уникнути тривалих і виснажних судових процедур, значення здатності забезпечити ефективно виконання проміжного та остаточного рішень арбітражу є надважливим. Регламенти авторитетних інституційних арбітражів і національне законодавство різних держав, у більшості випадків, наділяють арбітрів широкими повноваженнями в частині забезпечення позову. Втім, можливості арбітражного складу застосовувати результативні забезпечувальні заходи є обмеженими через низку причин. По-перше арбітри здатні застосовувати заходи забезпечення позову лише після формування арбітражного складу (з метою забезпечити доступність забезпечення позову до формування арбітражу деякі арбітражні регламенти запровадили інститут «термінового арбітра»). По-друге, арбітражним рішенням бракує примусової сили, отже, арбітраж не має повноваження застосовувати запобіжні заходи по відношенню до третіх осіб, а також не має ефективних важелів звернення до виконання застосованих ним заходів забезпечення позову.

Приймаючи рішення, до якого органу звернутися з клопотанням про забезпечення позову (державного суду або арбітражу), варто врахувати ряд обставин. По-перше, якщо арбітражний склад ще не сформовано, а питання

має терміновий характер, заяву варто подавати до суду. Також, якщо існують підстави для сумнівів у подальшому добровільному виконанні відповідного припису арбітражу, більш доцільним є першочергове звернення до державної юрисдикції, що наділена примусовими повноваженнями (замість того, щоб спочатку звертатися з клопотанням до арбітражу, а потім - до державного суду з метою звернення до виконання розпорядження арбітрів). З іншого боку, коли сторони угоди заінтересовані у конфіденційності провадження, обидві сторони (як сторона, що подає клопотання про вжиття необхідних заходів, так і відповідач) схильні уникнути втручання суду.

Заяву також доцільно подавати до арбітражу, оскільки вважається, що розумне рішення щодо забезпечення позову вимагає спеціальних знань, якими, в окремих випадках, можуть володіти тільки арбітри; крім того, коли клопотання вже подане, арбітражний склад, зазвичай, уже мав можливість детально ознайомитися з обставинами справи.

Доарбітражний третейський розгляд можна визначити як різновид арбітражної процедури, спрямований на забезпечення позову, що має попередній характер відносно формування арбітражного складу для розгляду справи по суті. Поширеним варіантом доарбітражного третейського розгляду є призначення арбітражною установою, обраною сторонами арбітражної угоди для розгляду спору, за заявою однієї зі сторін, арбітра для проведення одноособового розгляду з питань, що потребують термінового вирішення. Використання відповідного світового досвіду під час подальшого вдосконалення вітчизняного законодавства сприятиме підвищенню ефективності проведення арбітражного та розвитку доарбітражного третейського розгляду в Україні.

Враховуючи викладене, можна зробити висновок про те, що фідучіарний характер рішення арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів зменшує ефективність виконання такого рішення. У той час, як деякі країни продовжують декларувати в національному законодавстві обов'язковість виконання арбітражних рішень про забезпечення позову, інші

– заперечувати право арбітражу на вжиття заходів із забезпечення позову взагалі, реальним шляхом виконання арбітражних рішень про вжиття забезпечувальних заходів залишається модель, що передбачає судове сприяння арбітражу.

2.2. Повноваження арбітражу щодо вжиття забезпечувальних заходів

Повноваження арбітражного складу забезпечувати позов встановлюється відповідно до застосовуваного процедурного права – права, обраного сторонами в арбітражній угоді, або, за відсутності визначеного сторонами права, що застосовуватиметься до суті спору, права місця проведення арбітражу.

Умови арбітражної угоди, що стосуються різних етапів розгляду спорів міжнародним комерційним арбітражем, дозволяють встановити наявність волевиявлення сторін з розгляду спору, що виникнув, у арбітражі, визначити компетентний арбітражний орган з розгляду спору, виключити можливість оспорювання компетенції арбітражу та мінімізувати проблеми, пов'язані з виконанням арбітражного рішення [60, с. 103]. Чітке юридичне формулювання умов арбітражної угоди дає змогу точно встановити наявність волевиявлення сторін на розгляд спору в міжнародному комерційному арбітражі, визначити арбітражний орган, компетентний розглядати спір, уникнути оспорювання компетенції арбітражу, усунути труднощі при виконанні арбітражного рішення [61, с. 90]. С.В. Ніколюкін звертає особливу увагу на таку умову арбітражної угоди, як вибір права. Зокрема, дослідник зазначає, що учасники угоди, обираючи застосовне право, можуть включити в арбітражну угоду умову про те, що всі спори, що виникнуть із неї, будуть вирішуватися у відповідності до національного законодавства певної країни, загальних принципів права, торгових звичаїв (наприклад, Інкотермс), норм міжнародного торгового права (*lex mercatoria*) [60, с. 112-113; 170, с. 40-48], міжнародних договорів [60, с. 112-113].

Забезпечувальні заходи мають «охоронну» природу, оскільки їх призначенням є полегшення і збереження ефективності арбітражного процесу, а не надання одній із сторін спору хибного відчуття передчасної переваги. Заходи, які могли б істотно обмежити права сторони або поставити в заздалегідь не вигідне становище сторону, проти якої вони набули чинності,

навряд чи будуть застосовані. М. Уїллемс підкреслює, що повноваження будь-якого арбітражного складу щодо забезпечення позову визначаються арбітражною угодою між сторонами, положеннями регламенту арбітражної установи, місцем проведення арбітражного розгляду, яке може обмежити або надати додаткові повноваження арбітражному складу, незалежно від домовленості сторін [62].

Як зауважує Е. Секстон, коли арбітражне застереження конкретно звертається до ролі державних судів у наданні забезпечувальних заходів, державний суд повинен лише зобов'язати сторони дотримуватися арбітражної угоди. Часто арбітражне застереження в контракті взагалі не торкається цього питання, натомість, приймає правила арбітражного регламенту, який може запропонувати певне сприяння щодо розподілу повноважень між арбітрами і державними судами. Втім, такий підхід не завжди вичерпно вирішує проблему [57].

Вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі може полягати у підтриманні статус-кво до вирішення спору, збереженні доказів у справі, збереженні майна або матеріальних коштів, за рахунок чого може бути в подальшому ефективно виконане рішення арбітражу по суті спору.

Дослідники зауважують, що функціональне значення забезпечувальних заходів однаково добре розуміється як юристами, що практикують у судовому процесі, так і тими, що беруть участь у арбітражному розгляді. З початкової стадії, та, в деяких випадках, навіть раніше, судового або арбітражного розгляду можуть постати проблеми, що матимуть значний, часом – вирішальний, вплив на остаточний результат. Класичним прикладом є втрата існуючого доказу, який вплинув би на рішення суду (арбітражу); також – ризик того, що певні активи, за рахунок яких може бути задоволений позов, можуть бути усунені з доступу, та таким чином вони не будуть доступні у випадку задоволення позову [63, с. 89].

Арбітражний трибунал іноді називають «природним суддею», оскільки арбітр знаходиться в найкращій позиції для того, щоб оцінити шанси на успішне вирішення спору по суті та здатний належним чином оцінити вплив, який забезпечувальні заходи можуть здійснити на сторони та арбітражний розгляд. Арбітри також мають більше можливостей встановити, коли позов про забезпечення позову використовується для тактичних цілей. На додаток, надання арбітражному складу повноважень застосовувати забезпечувальні заходи запобігає непотрібним витратам і затримкам, що супроводжують подання відповідного позову до державного суду [21, с. 597].

Натомість, на думку вчених, деякі заходи (декларативні заходи – англ. *declaratory awards*, повне виконання умов контракту на вимогу суду – так зване «специфічне виконання», англ. *specific performance*) асоціюються виключно з судовими розпорядженнями, через що постає потреба визначення забезпечувальних заходів, які може застосовувати арбітраж самостійно, без судового сприяння [64].

Арбітраж вживає забезпечувальні заходи у формі процесуального наказу (*procedural order*) або проміжного рішення (*interim award*). Як наголошує М. Рот, якщо перший різновид є більш неформальним, то останній – більш формальним. Різні арбітражні регламенти надають арбітрам широку свободу дій щодо обрання форми процесуального акту. Користуючись можливістю альтернативи відносно вжиття наказу або ухвалення проміжного рішення, арбітражний склад розглядатиме конкретний захід, про який вносить клопотання сторона угоди – процесуальний або договірний за своєю правовою природою, а також право, що застосовується до суті спору. На практиці арбітри, як правило, схиляються на користь вжиття більш неформального забезпечувального заходу – у формі процесуального наказу, оскільки проміжне рішення може здаватися занадто подібним до остаточного рішення у справі [43, с. 429-430].

У міжнародному комерційному арбітражі забезпечувальні заходи частіше за все стосуються заборони вивозу товарів або активів з місця їх

перебування або за межі конкретної юрисдикції, заборони продажу або іншого відчуження майна, внесення грошової гарантії, депозиту. На відміну від судових процедур, де питання забезпечення позову у всіх країнах врегульоване національним процесуальним законодавством досить ґрунтовно, в арбітражі в цій галузі існує ряд прогалин, які іноді ставлять під сумнів можливість реального виконання міжнародного арбітражного рішення. Саме з цих причин реформування сучасного міжнародного арбітражного законодавства в найбільшій мірі націлено на усунення недоліків в забезпечувальній сфері та створення єдиного правового режиму забезпечувальних заходів [1, с. 789].

С.О. Кравцов зазначає, що арбітри мають повноваження:

1. Зобов'язати будь-яку сторону надати забезпечення всієї суми, що є предметом спору, шляхом внесення авансу або банківської гарантії або будь-яким іншим способом.
2. Заборонити відповідачу (але не іншим особам) вчиняти певні дії, що стосуються предмету спору, в тому числі утриматися від витрачання грошових коштів, що знаходяться на рахунку.
3. Наказати вчинити дії щодо зберігання, продажу або розпорядження власністю або речами, що знаходяться в розпорядженні кожної зі сторін і мають відношення до арбітражного розгляду.
4. Покласти на відповідача обов'язок вчинити певні дії, наприклад, щодо подальшого використання (експлуатації) машин і устаткування, завершення будівництва об'єктів у тих випадках, коли це необхідно для запобігання шкоди (збільшення його обсягу); щодо захисту комерційної таємниці або іншої захищеної законом інформації, запобігання її несанкціонованому розповсюдженню.
5. Застосувати в межах своєї компетенції, на тимчасових підставах, з наступним уточненням в остаточному арбітражному рішенні будь-які попередні заходи захисту, включаючи тимчасове розпорядження грошовими платежами або розподіл майна між сторонами.

6. Покласти на сторони обов'язок передати спірне майно на зберігання позивачу або іншій особі.

7. Вимагати від сторін відкриття банківської гарантії, розміщення коштів в обсязі, необхідному для можливого виконання рішення, на депозиті третьої незалежної особи; депонування грошових коштів на рахунку банку (третьої сторони) до виконання погодженої сторонами умови [65, с. 157-158].

На практиці арбітри схильні неохоче використовувати свої повноваження застосовувати забезпечувальні заходи, оскільки, як вважає М. Рот, не бажають справити хибне враження про те, що рішення у справі прийнято заздалегідь, до остаточного встановлення всіх фактів, або на користь однієї зі сторін [43, с. 428].

Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» лише торкається питання забезпечувальних заходів арбітражу в одній статті, положеннями якої передбачено, що арбітраж (третейський суд) на прохання будь-якої сторони може розпорядитися про вжиття забезпечувальних заходів щодо предмету спору, які він вважає необхідними (стаття 17 «Повноваження третейського суду давати розпорядження про вжиття забезпечувальних заходів») [66].

У різних країнах законодавці впровадили детальні процедури, відповідно до яких сторони арбітражного розгляду можуть, за встановлених умов, клопотати про вжиття забезпечувальних заходів. Наприклад, згідно з частиною першою статті 24 чинної редакції Арбітражного регламенту ICDR, на прохання будь-якої зі сторін, арбітражний суд може призначити або ухвалити рішення про будь-які проміжні або охоронні заходи, які визнає необхідними, у тому числі, судової заборони і заходи, спрямовані на захист або збереження майна. Відповідно до частини другої зазначеної статті таке рішення може мати форму проміжного наказу (*interim order*) або рішення (*interim award*) [48].

Подібно до того, як стаття 9 Типового закону ЮНСІТРАЛ надає державному суду право ухвалювати за позовом сторони арбітражної угоди

рішення про вжиття тих або інших забезпечувальних заходів, стаття 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ надає відповідне право арбітражу. З практичної точки зору, як зауважує В.М. Захватаєв, право, що надається арбітражу, передбачає, що, за відсутності угоди сторін про інше, стаття 17 надає сторонам додаткову можливість забезпечити реалізацію їх прав у межах арбітражного процесу без звернення до державного суду [1, с. 781].

У пункті 1 статті 17А Типового закону ЮНСІТРАЛ сформульовані вимоги для вжиття забезпечувальних заходів арбітражем, а саме: існування значної ймовірності того, що якщо зазначений захід не буде застосований, це може призвести до шкоди, яку присуджені збитки в достатній мірі не покрийть, і що ця шкода суттєво ту, що може бути завдана стороні, проти якої направлений забезпечувальний захід, якщо його буде застосовано; існує розумна вірогідність того, що сторона, що заявила клопотання про вжиття заходу, досягне успіху щодо його задоволення під час розгляду справи по суті. Пункт 2 зазначеної статті містить уточнення про те, що відповідні вимоги застосовуються лише в тій мірі, в якій арбітраж вважатиме їх доречними.

Прикладами проміжних забезпечувальних заходів, спрямованих на передбачення або зменшення збитків, є, зокрема, заходи, що мають на меті збереження або зберігання товарів або продаж швидкопсувних продуктів, що є предметом спору. Під час розробки Типового закону ЮНСІТРАЛ пропонувалося також включити в його текст спеціальні положення по вжиття арбітражем заходів забезпечення позову. Зокрема, йшлося про такі заходи, як розпорядження про передачу товарів на зберігання третьої сторони, про продаж швидкопсувних продуктів, про накладення арешту на активи або вилучення активів. Підіймалося також питання про те, чи може арбітраж застосовувати подібні заходи без надання йому сторонами необхідних повноважень. Крім того, пропонувалося визначити в Типовому законі перелік застосовуваних заходів, та сформулювати положення про надання судами

сприяння щодо наділення забезпечувальних постанов арбітражу обов'язковою силою [1, с. 781].

Проведений аналіз надає можливість для визначення переліку перешкод ефективному забезпеченню позову арбітражним складом:

1. Хронометраж. Головною перешкодою на шляху отримання забезпечувальних заходів у арбітражі є наявність арбітра (сформованого арбітражного складу, термінового арбітра) для розгляду клопотання. Багато процедур із формування арбітражного складу, особливо, ті, що передбачають більш, ніж одного арбітра, є складними та копіткими. Навіть, коли арбітражний склад сформовано, повинен існувати розклад подання клопотань, оскільки арбітраж має вислухати обидві сторони з відповідного питання; далі, має бути прийняте рішення по суті клопотання. Процедурні терміни, відтак, можуть значною мірою вплинути на можливість сторони арбітражної угоди отримати забезпечення позову у необхідний період часу.

2. Доступність забезпечувального заходу. Більшість арбітражних регламентів указують на конкретну форму (форми) забезпечувального заходу, який може вживати арбітраж. У деяких регламентах, проте, зазначається, що арбітр, який приймає рішення про вжиття забезпечувальних заходів, може застосувати форму заходу на свій розсуд, яку визнає необхідною.

Частиною першою статті 28 Арбітражного регламенту Міжнародної торгової палати досить розпливчато передбачено, що якщо сторони не домовилися про інше, арбітражний склад після отримання справи може, на прохання будь-якої сторони, видати наказ про прийняття проміжних або забезпечувальних заходів, які він вважатиме слушними. Арбітражний склад може обумовити вжиття таких заходів наданням адекватного забезпечення стороною, яка заявила відповідне клопотання. Такі заходи можуть бути прийняті у формі вмотивованого наказу або арбітражного рішення, якщо арбітражний склад визнає це необхідним.

3. Критерії, якими керується арбітражний склад, також відіграватимуть важливу роль у визначенні того, чи застосує арбітраж заходи забезпечення позову. Критерії широко варіюються в залежності від державного суду, арбітражного інституту. Дослідники зауважують, що державні суди Сполучених Штатів Америки в своїй практиці, як правило, демонструють високу ймовірність успіху у випадку загрози невиконання шкоди, інші правові системи можуть вимагати доведення імовірних причин або невідкладних обставин, що обумовлюють необхідність вжиття забезпечувальних заходів [58, с. 323].

4. Звернення до виконання. У сторін арбітражної угоди повинна бути можливість звернути до виконання вжиті арбітражем забезпечувальні заходи в разі, якщо сторона, щодо якої їх було застосовано, відмовиться виконувати припис арбітражного складу в добровільному порядку. У Сполучених Штатах Америки ряд державних судів відмовляв у визнанні арбітражних заходів забезпечення позову, посилаючись на те, що рішення про вжиття таких заходів не були остаточними рішеннями у справі. Інші американські суди дотримуються позиції, що арбітражні забезпечувальні заходи мають перевірятися та виконуватися в судовому порядку, виходячи з точки зору, що тимчасове справедливе забезпечення позову необхідне для запобігання унеможливленню виконання остаточного рішення у справі, слугує чіткій функції, відповідно, такі рішення є остаточними [58, с. 324-325].

5. Доарбітражне забезпечення позову. Згідно з положеннями статті 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та статті 27 Регламенту МКАС при ТПП України сторони арбітражної угоди можуть за власним розсудом узгодити процедуру призначення арбітра (арбітрів) за умови дотримання законодавства. У разі відсутності такої домовленості при арбітражі з трьома арбітрами кожна сторона призначає одного арбітра, і двоє призначених таким чином арбітрів призначають третього арбітра; при арбітражі з одноособовим арбітром сторони домовляються про вибір арбітра. Проте, якщо сторона не призначить арбітра протягом 30 днів після

отримання прохання на це від другої сторони або якщо двоє арбітрів протягом 30 днів з моменту їх призначення не домовляться про призначення третього арбітра, або при арбітражі з одноособовим арбітром, якщо сторони не домовляться про вибір арбітра, на прохання будь-якої сторони арбітр призначається Президентом ТПП України.

Формування арбітражного складу, таким чином, відбувається відносно тривало, а, як зазначалося, забезпечувальні заходи можуть бути необхідні до призначення арбітрів.

Арбітражні інститути, з метою пошуку можливості вжиття забезпечувальних заходів до формування арбітражного складу, запровадили дві основні процедури: прискорення формування арбітражу та призначення доарбітражного третейського судді (англ. pre-tribunal referee, pre-arbitral referee). Втім, стосовно доарбітражного третейського розгляду залишається відкритим питання про повноваження сформованого арбітражного складу змінити, призупинити або припинити дію рішень термінового арбітра.

6. Забезпечення позову ex parte. Типовий закон ЮНСІТРАЛ визнає вжиття забезпечувальних заходів ex parte у формі попередніх постанов (preliminary awards). Згідно з положеннями статті 17В Типового закону, якщо сторони не домовилися про інше, сторона арбітражної угоди може подати, не повідомляючи про це іншу сторону, клопотання про вжиття забезпечувального заходу разом з клопотанням про винесення попередньої постанови. Арбітраж може винести попередню постанову, якщо вважатиме, що попереднє розкриття інформації про клопотання може нанести шкоди меті заходу.

Забезпечувальні заходи ex parte – це забезпечувальні заходи, вжиті без гарантування попереднього слухання сторони угоди, щодо якої вживається захід. З приводу вжиття забезпечувальних заходів ex parte існує дві основні наукових точки зору. Відповідно до першого погляду забезпечувальні заходи ex parte суперечать принципам чесності, прозорості, рівності, що є насамперед важливими в арбітражі через відсутність апеляційного

провадження. Навпаки, згідно з протилежною точкою зору, терміновість як один із принципів забезпечення позову вимагає присутність елементу раптовості, що збільшує вірогідність уникнення потенційної шкоди [43, с. 430]. Типовий закон ЮНСІТРАЛ встановлює жорсткі часові межі дії попередньої постанови *ex parte* – строк її дії становить двадцять днів після винесення такої постанови арбітражним складом.

Варто зауважити, що за Нью-Йоркською конвенцією 1958-го року рішення *ex parte* не можуть бути звернуті до виконання, оскільки відповідно до пункту b частини першої статті 5 Нью-Йоркської конвенції у визнанні та зверненні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони, проти якої воно направлене, якщо ця сторона надасть компетентній владі за місцем, де вимагається визнання та звернення до виконання, докази того, що її не було належним чином повідомлено про призначення арбітра або про арбітражний розгляд або, за інших причин, вона не могла надати пояснень.

У 1999 році у Міжнародному комерційному арбітражному суді при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації (далі – МКАС при ТПП РФ) розглядалося клопотання про забезпечення позову російського контрагента до російської комерційної організації з іноземними інвестиціями про виконання договору поставки, укладеного між ними (далі – Договір). Договір був підпорядкований російському праву. Коли сплинув термін оплати, встановлений Договором, комерційна організація, керуючись положеннями російського цивільного законодавства, висунула контрагенту вимогу повернення неоплаченого товару або сплати його повної вартості. Комерційна організація прийняла рішення звернутися до МКАС при ТПП РФ згідно з арбітражним застереженням, що містилося в тексті Договору. Проте, ситуація для комерційної організації ускладнилася, оскільки контрагент встигнув раніше звернутися до МКАС при ТПП РФ з проханням забезпечити його вимогу до комерційної організації виконати Договір у натурі.

Голова МКАС при ТПП РФ задовольнив клопотання за позовом контрагента: постановою МКАС при ТПП РФ комерційну організацію було зобов'язано надати гарантію. Якщо комерційна організація не надавала такої гарантії, мав бути накладений арешт на товар, що зберігався на її складі та мав бути поставлений контрагенту.

Аналізуючи справу, дослідники Д. Ловирев і А. Муравйов наголошують, що постанову про забезпечення позову було прийнято лише з урахуванням інформації, наданої контрагентом, без заслуховування позиції комерційної організації, представники якої взагалі не були повідомлені про розгляд клопотання контрагента, та в подальшому постанову про забезпечення позову було використано як інструмент тиску [68, с. 177].

Контрагент розпочав процедуру примусового виконання постанови про забезпечення позову через суд загальної юрисдикції, який постановив видати виконавчий лист на рішення МКАС при ТПП РФ, що містив формулювання, що дозволяло звернення стягнення контрагентом на будь-який товар із будь-якого складу комерційної організації, що могло негативно вплинути на діяльність комерційної організації та зірвати виконання її зобов'язань перед іншими особами. Відповідне рішення суду загальної юрисдикції було оскаржене та відмінене рішенням Московського міського суду, зокрема, через його ухвалення за відсутності представника комерційної організації. Водночас, контрагенту вдалося домогтися звернення постанови про забезпечення позову до виконання через Судову колегію у цивільних справах Московського міського суду та видання нового виконавчого листа. Комерційна організація опинилася в складній ситуації через ряд причин, які виокремлюють правознавці [68, с. 179-188]:

- прогалини в законодавстві. Вузьке коло підстав для протидії зверненню постанови про забезпечення позову до виконання або для її відміни через суд загальної юрисдикції;
- відмова Голови МКАС відмінити постанову про забезпечення позову. Умисна бездіяльність контрагента, що перешкождала відміні постанови.

- зятягнення арбітражного розгляду у МКАС, викликане свідомими діями контрагента.

7. Позиція державних судів. Можна виокремити декілька ситуацій, під час яких звернення до державного суду залишається необхідним: ефективне забезпечення позову *ex parte*, коли одна зі сторін вмотивовано має сумніви відносно доброї волі іншої сторони, а також вжиття забезпечувальних заходів відносно третіх осіб, які володіють інформацією або активами, пов'язаними з арбітражним розглядом.

Якщо стаття 9 Типового закону ЮНСІТРАЛ дозволяє стороні звернутися до державного суду з клопотанням про вжиття будь-яких забезпечувальних заходів, не заборонених законом, у тому числі, наприклад, стосовно майна, що перебуває у третьої особи та не є предметом спору, забезпечувальні заходи, передбачені статтею 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ, мають, як зазначає В.М. Захватаєв, обмежений характер (можуть бути адресовані лише відповідній стороні, або сторонам, спору, можуть стосуватися лише безпосередньо предмету спору).

Таке обмеження викликане, на думку дослідника, специфікою правової природи арбітражних відносин. Забезпечувальні заходи, що застосовуються арбітражем, засновані на його обмеженій компетенції, яка впливає виключно з арбітражної угоди та не може бути розширена через припис нормативно-правового акту, якщо суперечить обопільному волевиявленню сторін арбітражної угоди. Саме тому стаття 17 надає сторонам право домовлятися щодо будь-яких інших умов, ніж ті, що містяться в статті. Водночас, правова природа компетенції арбітражного суду не дозволяє арбітражу застосовувати заходи, що виходять за межі безпосередніх правовідносин між сторонами спору, або ж тих заходів, які пов'язані з інтересами третіх осіб [1, с. 782].

8. Скорочені процедури. Прискорення остаточного вирішення справи арбітражним складом може бути альтернативою забезпеченню позову, оскільки розгляд клопотання про вжиття запобіжних заходів, як

наголошують правознавці, відкладає вирішення справи в цілому [58, с. 334]. Скороченим процедурам, у порівнянні з вжиттям забезпечувальних заходів, теоретично може навіть надаватися перевага, але лише у випадках, коли проблеми сторін потребують відносно швидкого, але не термінового вирішення.

Зокрема, Арбітражний регламент Китайської міжнародної економічної та торговельної комісії від 4 листопада 2014 року (дійсний з 1 січня 2015 року) передбачає в статті 56 можливість проведення арбітражного розгляду за спрощеною процедурою у випадках, коли сума позову не перевищує 5 мільйонів юанів, якщо інше не погоджено сторонами, або коли сума позову перевищує 5 мільйонів юанів, але одна зі сторін подає заяву про проведення арбітражного розгляду за скороченою процедурою, а інша сторона погоджується на це в письмовій формі; або обидві сторони арбітражної угоди домовилися про вжиття спрощеної процедури арбітражного розгляду [69].

В Арбітражному регламенті Японської асоціації комерційного арбітражу, дійсному з 1 лютого 2014 року, скороченим процедурам присвячений розділ VI, згідно зі статтею 53 якого скорочені процедури проводяться, якщо сторона арбітражної угоди повідомляє Японську асоціацію комерційного арбітражу у письмовій формі про домовленість між сторонами про перехід до скорочених процедур, і лише у випадках, коли сума позову не перевищує 20 мільйонів ієн, або якщо сума позову перевищує 20 мільйонів ієн, але сторони погодили у письмовій формі розгляд за скороченою процедурою [70].

Статтею 42 Швейцарських правил міжнародного арбітражу в редакції 2012 року також передбачена можливість проведення скороченої процедури розгляду за умови наявності домовленості сторін (стаття 42) у всіх справах, у яких сума позову не перевищує 1 мільйону швейцарських франків [71].

Арбітражний регламент Міжнародного центру вирішення інвестиційних спорів (ICSID) містить правило 26, яким регламентовані терміни арбітражного розгляду. Зокрема, зазначається, що терміни можуть

бути встановлені арбітражним складом шляхом призначення дат завершення різних стадій розгляду [72].

Відповідно до положень частини першої статті 38 Арбітражного регламенту Міжнародної торгової палати (далі – ICC) в редакції 2012 року сторони можуть домовитися про скорочення строків, передбачених у регламенті із застереженням про те, що якщо така домовленість досягнута після формування арбітражного складу, вона вступає в силу лише після схвалення арбітражем [73].

Всесвітня організація інтелектуальної власності (далі - ВОІВ) запровадила окремий Регламент скороченого арбітражу (WIPO Expedited Arbitration Rules), що станом на 1 вересня 2015 року діє в редакції від 1 червня 2014 року [74]. Скорочений арбітраж здійснюється в стислі строки і потребує менших витрат. Реєстраційний внесок та адміністративний збір є нижчими, ніж в арбітражному розгляді, проведеному відповідно до Арбітражного регламенту ВОІВ. Фіксований гонорар арбітра застосовується до розгляду спорів, сума позову в яких дорівнює до 10 мільйонів доларів США. Якщо сторони не домовилися про інше, спори за скороченою процедурою арбітр завжди розглядає одноособово. Строки будь-яких слухань стислі, і не можуть перевищувати трьох днів. Часові межі стадій арбітражного розгляду значно скорочені порівняно з арбітражним розглядом за стандартною процедурою; загалом розгляд справи повинен бути завершений протягом трьох місяців (у порівнянні з дев'ятьма місяцями за Арбітражним регламентом ВОІВ) з моменту формування арбітражного складу, після чого остаточне рішення у справі має бути винесене протягом одного місяця (трьох місяців – за Арбітражним регламентом ВОІВ).

Р. Вербіцкі визначає перелік випадків, в яких можливість арбітражу застосовувати забезпечувальні заходи може бути обмежена або знівельована:

- термінова потреба у застосуванні заходів забезпечення позову до формування арбітражного складу;

- незважаючи на те, що арбітри можуть мати знання, в тому числі, спеціальні, необхідні для вирішення істотних питань спору, вони можуть не вважати функцією арбітражу або частиною своїх повноважень забезпечення позову;
- рішення арбітражу щодо вжиття забезпечувальних заходів може бути складно звернути до виконання;
- щоб бути ефективними забезпечувальні заходи можуть потребувати залучення третіх осіб, щодо яких арбітри не мають юрисдикції;
- юрисдикція арбітражу щодо вжиття забезпечувальних заходів може бути обмежена правом, що застосовується до арбітражного розгляду, відповідно до умов арбітражної угоди [63, с. 91].

Згідно зі статтею 17E Типового закону ЮНСІТРАЛ арбітражний суд може вимагати від сторони, що вносить клопотання про вжиття забезпечувального захисту або винесення попередньої постанови надати належне забезпечення у зв'язку з відповідним заходом (постановою). Таке застереження М. Рот пояснює намаганням вирішити на рівні «модельного» законодавства поширену проблему, коли звернення до арбітражу про забезпечення позову та винесення попередніх постанов стає предметом зловживання [43, с. 431]. Зустрічне забезпечення – це гарантія того, що позивач матиме змогу відшкодувати відповідачеві збитки, завдані вжиттям забезпечувальних заходів. У випадку визнання вимог позивача правомірними жодних компенсацій відповідачеві він не виплачує. Зустрічне забезпечення може здійснюватися в формі: грошових коштів, внесених на депозит, банківської гарантії, договору поруки, іншого фінансового забезпечення [75, с. 52-53].

Також, згідно з положеннями статті 17D Типового закону ЮНСІТРАЛ, арбітраж може змінити, призупинити, відмінити застосований ним забезпечувальний захід або винесену ним попередню постанову за заявою будь-якої зі сторін спору або, за виключних обставин і після попереднього повідомлення сторін, за власною ініціативою. Стаття 17F зобов'язує сторони негайно розкривати інформацію про будь-яку суттєву зміну обставин,

керуючись якими арбітраж застосовував захід забезпечення позову або виніс попередню постанову.

Під час розроблення змін до модельного законодавства (Типового закону ЮНСІТРАЛ 1985 року) більшість членів Робочої групи дійшли висновку про те, що навіть за відсутності в арбітражу повноважень звертати арбітражні постанови до виконання в примусовому порядку, право арбітражу застосовувати забезпечувальні заходи матиме практичне значення. Члени Робочої групи погодились із тим, що сторона, по відношенню до якої арбітражний склад прийняв рішення про вжиття забезпечувального заходу, виконає рішення арбітражу добровільно, оскільки сама буде заінтересована у тому, щоб виконати заходи, які арбітраж визнав необхідними. В основі мотивів сторони полягатиме намагання уникнути негативної реакції арбітрів, що може вплинути на ухвалення ними остаточного арбітражного рішення [1, с. 783-784].

Питання доступності арбітражних забезпечувальних заходів залишається проблемним, і навіть сама здатність арбітражного складу вживати заходи забезпечення позову є, значною мірою, обмеженою, хоча національне та типове законодавство, регламенти міжнародних арбітражних установ, переважно надають арбітражу таке повноваження.

За таких обставин сторона арбітражної угоди, у більшості випадків, буде вимушена клопотати про підтримку арбітражу державним судом, чого, вірогідно, бажала уникнути, коли погоджувалася вирішувати спір у порядку альтернативного судочинства. Державний суд, натомість, може відмовити у застосуванні забезпечувальних заходів, посиляючись на несумісність такого клопотання з арбітражною угодою, або з позиції невтручання.

Можливості сторін арбітражної угоди щодо отримання ефективного забезпечення позову, коли це є необхідним, можна розширити, згідно з усталеною світовою практикою, шляхом впровадження практики вжиття процедур термінового арбітражу та скорочених процедур арбітражного розгляду.

2.3. Імперативний спосіб вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі

2.3.1. Забезпечення позову на підтримку арбітражу в судах Англії

У Великобританії нормативне регулювання міжнародного комерційного арбітражу закріплене у двох основних законах: Законі про арбітраж 1996 року та Законі про арбітраж Шотландії, прийнятому у 2010 році. Дія Закону про арбітраж 1996 року розповсюджується на території Англії, Уельсу та Північної Ірландії.

Коли всі елементи, що відносяться до спору, пов'язані з Англією, комерційний спір, який не вдається вирішити в порядку примирення (альтернативним способом), може бути вирішений в Англії в судовому порядку. Зокрема, позивач може внести клопотання про вжиття забезпечувальних заходів державним судом, суддя застосує англійське право та, якщо позивач відшкодує збитки, рішення буде виконуваним щодо активів відповідача. Якщо сторони домовляться, такий спір може бути вирішений також і в арбітражі [11, с. 1].

Англійські дослідники проблем забезпечення позову в межах арбітражного розгляду наголошують, що арбітражний склад (аналогічно державному суду) часто має право застосовувати забезпечувальні заходи до остаточного вирішення спору; втім, арбітри не можуть здійснювати відповідні повноваження до того, як самі не будуть належним чином призначені (арбітражний склад не буде сформований). У термінових випадках державні суди за місцем проведення арбітражу можуть бути уповноважені надати підтримку арбітражу шляхом вжиття забезпечувальних заходів, коли арбітражний склад ще не здатний забезпечити позов. За таких обставин державні суди здійснюватимуть право щодо вжиття забезпечувальних заходів до призначення арбітражного складу. Також

державні суди можуть сприяти вже сформованому арбітражу, у тих випадках, коли арбітрам не вистачає примусових повноважень [62].

Н. Ендрюс зазначає, що використання системи цивільного судочинства є абсолютно необхідним в окремих випадках, оскільки деякі спори не можуть бути вирішені в порядку третейського судочинства, по відношенню до якого передбачається досягнення домовленості між сторонами. Це пояснюється тим, що державні суди наділені більшими повноваженнями, в тому числі з примусу сторін, на відміну від арбітрів, повноваження яких, у значній мірі, відносяться до сфери моралі та є набагато меншими за обсягом. Проведення в цивільних справах у державних судах забезпечується силою державного примусу: суд може приймати рішення про обов'язкове прибуття свідків, про покарання за завідомо неправдиві показання, про примусове виконання процесуальних актів, притягати до відповідальності за порушення судових заборон; судова система також здатна захистити сторони, в тому числі, за рахунок вжиття забезпечувальних заходів. З огляду на зазначені причини використання державної судової системи є особливо важливим, а, за деяких обставин, необхідним. Все це може бути використане в якості ефективного способу захисту права, особливо проти шахраїв. Крім того, цивільне судочинство, зокрема, судовий розгляд у англо-американській правовій системі, передбачає такі основні атрибути відкритого та прозорого правосуддя, як демонстрація цілісності та стійкості правової системи та загроза публічного притягнення до відповідальності для правопорушників [76, с. 79].

Англія є знаним місцем розгляду міжнародних комерційних спорів, перш за все, завдяки репутації Лондонського міжнародного арбітражного суду – одного з провідних інституційних арбітражів у світі, поряд, зокрема, з Міжнародним арбітражним судом Міжнародної торгової палати та Арбітражним інститутом Торгової палати міста Стокгольм.

Стаття 25 Регламенту LCIA передбачає, що LCIA має право, за заявою будь-якої зі сторін, після надання всім іншим сторонам обґрунтованої

можливості відповісти на таку заяву, і на таких умовах, які арбітраж вважатиме слушними за даних обставин:

- зобов'язати будь-яку сторону-відповідача за позовом або зустрічним позовом забезпечити безпеку всієї або частини суми спору шляхом гарантування вкладів або надання банківської гарантії, або в будь-якому іншому порядку;
- видати припис про збереження, зберігання, реалізацію або інше розпорядження будь-якими документами, товарами, зразками, майном, ділянкою для забудови або річчю, що перебуває під контролем однієї зі сторін, що відносяться до предмету арбітражного розгляду;
- розпорядитися, на тимчасовій основі, про вжиття щодо предмету спору будь-якого заходу, який арбітраж мав би повноваження вжити у остаточному рішенні, в тому числі, про виплату грошової суми або розподіл власності між сторонами.

Стаття 25.3 Регламенту LCIA містить, проте, важливе зауваження, що повноваження арбітражу, визначені в статті 25, не мають перешкоджати праву сторони звернутися до державного суду із клопотанням про вжиття забезпечувальних заходів у наступних випадках: по-перше, до формування арбітражного складу, а також, у виключних випадках і за обов'язкового погодження із арбітражним складом, після формування арбітражу, але до винесення остаточного рішення у справі.

Аналіз Регламенту LCIA демонструє, що передбачені забезпечувальні заходи спрямовані, насамперед, на запобігання знищенню доказів, втрати або навмисного розтрачання майна (матеріальних об'єктів), що є предметом спору.

Повноваження державних судів Англії застосовувати заходи забезпечення позову на підтримку арбітражного розгляду встановлені в Законі про арбітраж 1996 року, основним завданням якого є звуження та впорядкування кола обставин, за яких державний суд може втручатися в арбітражний розгляд у випадках, коли сторони заздалегідь домовилися

вирішувати спори, що можуть виникнути між ними в майбутньому в арбітражі.

Повноваження англійських державних судів, пов'язані з арбітражним розглядом, регламентовані положеннями розділів 42-45 Закону про арбітраж Англії.

Розділ 44 Закону про арбітраж включає сім частин, якими встановлюється механізм взаємодії між арбітражем і державним судом відносно вжиття забезпечувальних заходів.

Як зауважує Дж.К. Шефер, така побудова розділу обумовлена детальним опрацюванням ідеї сприяння державних судів арбітражному розгляду в рамках так званого «субсидіарного» підходу (субсидіарних повноважень державних судів по відношенню до арбітражу) [77].

Зокрема, згідно з частиною першою розділу 44 Закону про арбітраж, якщо сторони не домовилися про інше, суд, для цілей та відносно арбітражного розгляду, володіє такими самими повноваженнями видавати розпорядження щодо питань, визначених у частині другій зазначеної статті, як і відносно судового провадження.

Основною метою забезпечення позову у цивільному судочинстві англійські правознавці вважають примус сторін до виконання законних зобов'язань. Англійським суддям дозволяється використовувати по відношенню до осіб, що порушують примусові заходи суду, широкі повноваження із притягнення до відповідальності за неповагу до державного суду: штраф, позбавлення волі, вилучення особистого або корпоративного майна [5, с. 283].

Відповідно до частини другої статті 44 такими питаннями є витребування доказів у свідків, збереження доказів, видання розпоряджень щодо власності, яка є предметом спору, або щодо якої виникає спір під час розгляду – для огляду, фотозйомки, зберігання, охорони, утримування; отримання зразків або проведення будь-якого спостереження або досліджу – та, задля цієї мети, санкціонування права будь-якої особи заходити в будь-які

приміщення, що знаходяться у власності або під контролем сторони арбітражного розгляду; продаж будь-яких товарів, що є предметом спору; вжиття тимчасової судової заборони (*interim injunction*) або призначення керуючого майном, що є предметом спору.

Розділ 44 Закону про арбітраж Англії не містить окремого положення про те, що звернення до державного суду відносно забезпечення позову не означає відмову від арбітражної угоди; втім, може відповідно інтерпретуватися. Б. Харріс, Р. Плантроуз, Дж. Текс вважають, що розділ надає державному суду такі самі повноваження з метою підтримки арбітражного розгляду, як і для цілей судового провадження, та, певною мірою, його юрисдикція є паралельною до відповідних повноважень арбітрів. Загалом, повноваження суду є ширшими, зокрема, простираються до певних сфер, де дії арбітражу були б неприйнятними або взагалі неможливими. Єдиним важливим виключенням, на думку дослідників, є право видавати розпорядження про гарантування безпеки коштів, яке надається виключно арбітражному складу відповідно до вимог розділу 38 Закону про арбітраж [3, с. 214].

Основним джерелом англійського права про арбітраж, проте, залишаються судові прецеденти.

Зокрема, у рішенні державного суду в справі *Assimina Maritime Ltd. v Pakistan Shipping Corp [2004] APP.L.R. 12/21* зазначається, що з тексту розділу 44 Закону про арбітраж ясно, що його метою є доступність для учасників арбітражного розгляду додаткових повноважень суду, наданих суду законодавством задля підтримки арбітражного розгляду [78]. П'ять визначених у частині другій розділу 44 видів розпоряджень державного суду, втім, не передбачають, як особливо зауважив суд у своєму рішенні, розпорядження, адресованого особі, що не є стороною арбітражної угоди, розкрити документи, що мають відношення до питань, які розглядаються в арбітражі. Натомість, вони включають розпорядження про огляд, фотозйомку, зберігання, охорону, утримування; отримання зразків або

проведення будь-якого спостереження або досліду власності. Розпорядження про збереження доказів, на думку суду, є відображенням розшукових розпоряджень (search orders), передбачених розділом 7 «Повноваження державних судів видавати розпорядження про збереження доказів і т.п.» Закону про цивільний процес Англії 1997 року [79], а розпорядження про огляд, фотозйомку, зберігання, охорону, утримування власності – розділу 25.1 «Розпорядження про заходи забезпечення позову» і 25.5 «Огляд власності до початку провадження, або власності особи, що не є стороною» Цивільного процесуального кодексу Англії 1998 року [80] та розділу 34 «Повноваження Високого Суду видавати розпорядження про розкриття документів, огляд власності і т.п. у провадженнях про завдання шкоди особі або смерть» Закону про вищі суди Англії 1981 року.

У рішенні суду у справі *Econet Wireless Ltd v Vee Networks Ltd [2006] APP.L.R. 06/28* [81] позивач клопотав про судову заборону відповідно до положень розділу 44 Закону про арбітраж Англії. Суддя відмовив, аргументуючи свою позицію рядом причин, зокрема (пункт 25 зазначеного рішення), по-перше, тим, що з боку позивача було недоречно клопотати про судову заборону, не повідомивши відповідачів; для подання такого клопотання не було достатніх підстав. Зокрема, місцем арбітражу було обрано Нігерію, а не Англію, тому англійський державний суд не був належним органом для вирішення питання про вжиття запобіжного заходу на підтримку арбітражу. Також, судова заборона мала містити зобов'язання сформувати арбітражний склад за першої нагоди. На переконання судді, позивачі повинні були звернутися до скорочених процедур Лондонського міжнародного арбітражного суду (пункти 13-15 рішення), якомога швидше сформувати арбітражний склад і клопотати про забезпечення позову, в той спосіб, який арбітри LCIA вважатимуть належним.

Згідно з положеннями частини третьої розділу 44 Закону про арбітраж Англії у термінових випадках державний суд може, за клопотанням однієї зі сторін арбітражного розгляду, вживати забезпечувальні заходи, які він

вважає необхідними для збереження доказів або майна. Принцип терміновості є визначальним, оскільки, відповідно до частини четвертої зазначеного розділу, якщо справа не є терміною, державний суд має право діяти лише за умови наявності дозволу арбітражного складу або письмової згоди всіх інших сторін арбітражного розгляду на забезпечення позову в суді.

Б. Харріс, Р. Плантроуз, Дж. Текс зауважують, що відносно повноважень державного суду існує ряд обмежень, розроблених з метою попередити звернення до державного суду із клопотанням про забезпечення позову в обхід арбітражу, коли арбітражний склад є компетентним, і, наскільки можливо, залишити контроль над арбітражним розглядом арбітражному складу. Відносно вжиття положень розділу 44 Закону про арбітраж Англії Апеляційний суд установив ряд принципів у рішенні в справі *Cetelem SA v Roust Holdings Ltd* [2005]. Апеляційний суд постановив, що повноваження державного суду у термінових випадках обмежене до видання приписів, які суд вважатиме необхідними для збереження доказів або майна. Крім того, суд визначив, що майном відносно частини третьої розділу 44 слід вважати всі види рухомого майна, в тому числі, права, засновані на договорі, та немає жодної причини звужувати поняття «майно» до майна відповідача за заявою, як не має розпорядження суду про забезпечення позову обов'язково бути підпорядковане меті гарантувати доступність майна для виконання рішення арбітражу або суду. По-третє, державний суд може видати відповідне розпорядження, як вважатиме за необхідне, навіть якщо це включатиме перегляд конкретних обставин спору, який сторони домовилися передати на розгляд до арбітражу [3, с. 216-217].

Відповідно до частини сьомої розділу 44 Закону про арбітраж Англії дозвіл державного суду вимагається щодо будь-якої апеляції на рішення суду, застосоване згідно з розділом 44.

Зокрема, Апеляційний суд у пункті 24 свого рішення зазначив [82]: «Мета розділу 44 (7) і багатьох інших схожих розділів – обмеження ролі державного суду у випадках, коли державний суд здійснює наглядові

повноваження відповідно до Закону про арбітраж 1996 року. За цих обставин [...] існує сенс виключити можливість звернення до державного суду в апеляційному порядку в подальшому. Набагато менше сенсу у дотриманні підходу, коли суддя видає розпорядження, яке не має повноваження видати. Хотілося б розмежувати розпорядження, які знаходяться в сфері юрисдикції державного суду, та такі, що ні. Таким чином, розділ 44(7) і його аналоги в інших частинах Закону про арбітраж обмежують апеляції щодо фактів або щодо неправильного вжиття норм права у випадках, коли державний суддя в першій інстанції надає дозвіл на апеляцію. [...] яким сильним не був би запропонований апелянтом аргумент про те, що суддя помилився в застосуванні норм права або фактах, державний суд все одно не матиме повноважень. Цього не буде достатньо, щоб показати, що суддя явно помилився у фактах або неправильно застосував норми права, або що він ухвалив рішення, яке жоден розумний суддя не міг ухвалити».

У своєму рішенні Апеляційний суд особливо підкреслив, що сприймає уявлення про те, що центральною та важливою метою Закону про арбітраж 1996 року було утвердження значення автономії волі сторін і обмеження ролі державного судочинства в арбітражному розгляді. Суд наголосив, що Закон про арбітраж не був призначений для того, щоб повноваження суду були обмежені до сприяння арбітражному процесу та не повинні зазіхати на повноваження арбітражного складу або переривати розгляд справи в арбітражі. На переконання суду, Парламент мав намір надати державному суду повноваження, достатні для того, щоб видавати відповідні приписи, спрямовані на допомогу арбітражу.

У справі *Zim Integrated Shipping Services Ltd v European Container Ks* [2013] EWHC 3581 (Comm) позивач (Zim Integrated Shipping Services Limited) звернувся до Комерційного суду із клопотанням про вжиття запобіжного заходу відповідно до положень розділу 44 Закону про арбітраж Англії та (або) розділу 37 Закону про вищі суди Англії 1981 року (Senior Courts Act) з

метою утримати відповідачів від двох дій: обмежити відповідачів щодо переуступки права наймати судно за різними договорами фрахтування, а також утримати їх від здійснення заходів для розірвання або штучного розірвання будь-якого з договорів фрахтування, зокрема, в тому випадку, якщо заявники не роблять платежі за договорами. Клопотання було подано до суду без попереднього повідомлення відповідачів. На час подання клопотання арбітражний склад не було сформовано, але було призначено двох із трьох досвідчених арбітрів Лондонської асоціації морських арбітрів [83].

Суд відмовив у задоволенні клопотання, посилаючись на те, що повноваження суду видати відповідний припис виникає лише тоді, коли заявники дійсно володіють майном (активами) – правами, що засновуються на договорі, на яких ґрунтуються їх вимоги. Частина третя статті 44 Закону про арбітраж не стосується «можливих активів», «передбачуваних активів», а відноситься до власне «активів» (пункт 34 зазначеного рішення). Отже, може статися, що суд не матиме юрисдикції видати відповідне розпорядження, не вирішивши до того питання, яке має вирішуватися виключно в арбітражі. В такому разі, альтернативним шляхом вираження висновку суду є висловлення думки про те, що в суду не має впевненості в необхідності (у випадках, коли справа не є достатньо терміновою, або наслідки для заявників не будуть настільки гострими, щоб обумовити втручання державного суду) встановлювати, чи дійсно заявники володіють «активами» (правами, що засновуються на договорі), як вони заявляють, в той час, коли це питання сторони домовилися вирішувати в арбітражі, та незабаром воно зможе бути вирішене арбітрами.

«Класичним» видом запобіжного заходу є розпорядження про збереження майна, яке є предметом спору. За звичайного розвитку подій, такі активи можуть бути матеріальним об'єктом, щодо якого заявляє вимогу одна зі сторін спору. Державний суд або арбітраж може обмежити право продажу або іншого розпорядження спірним майном – як приклад, цінним твором

мистецтва. У міжнародних комерційних спорах, як зауважує М. Уіллемс, справа рідко вирішується настільки простим чином. Спірним може бути право, засноване на договорі, - право вимоги [62].

У справі *Mobil Cerro Negro Ltd v Petroleos De Venezuela SA* [2008] *APP.L.R. 03/18* суддя зазначив, що, зокрема, такий різновид забезпечувальних заходів, як заморожуючі накази (англ. *freezing orders*) застосовується в світовій практиці вельми рідко [84]. У випадках вжиття заморожуючих наказів, як правило, існують переконливі докази серйозного міжнародного шахрайства. Заморожуючі накази, як зауважив суд, іноді називають «судовими заборонами Марева» (англ. *Mareva injunctions*), оскільки одним із ранніх випадків, коли був застосований заморожуючий наказ було рішення в справі *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA* [1975] 2 *Lloyds Reports* 509. Відповідні накази видаються з метою запобігання розтрачанню активів. За загальним правилом, суд лише тоді видасть наказ щодо відповідача, коли позивач повідомив відповідача, а відповідач мав змогу висловити свою позицію.

У справі *Doosan Babcock Ltd v Comercializadora de Equipos y Materiales Mabe Limitada* [2013] *EWHC* 3010 (ТСС) суддя обґрунтував задоволення клопотання про вжиття тимчасової судової заборони тим, що не було жодної причини, чому відповідне розпорядження не мало бути видане з метою збереження права, заснованого на договорі, якщо б відмова у забезпеченні позову зруйнувала б значну частину або все значення права. Засновуючись на такому обумовленні, із дотриманням принципів терміновості та необхідності, суд інтерпретував цей випадок як такий, коли державний суд повинен видати відповідний припис згідно з частиною третьою розділу 44 Закону про арбітраж Англії [85].

Суд, розглядаючи апеляцію у справі *Kastner v Jason* [2004] *APP.L.R. 12/02*, визначив, що заморожуючий захід правового захисту (англ. *freezing order*), наданий арбітражним складом, не був ефективним. Апеляційне провадження в державному суді було відкрите з приводу заморожуючого

заходу, застосованого арбітрами. Захід мав запобігти продажу відповідачем у арбітражному розгляді будинку без письмової згоди арбітрів; утім, відповідач здійснив продаж будинку. Арбітражний розгляд здійснювався за іудейським правом (Галаха). Суд у своєму рішенні дійшов висновку про те, що законодавство Англії не може застосуватися з метою надання заходу, який не передбачається іудейським законодавством. Навіть такий висновок може бути достатнім, як зазначив склад суду [86].

Заморожуючий захист правового захисту є, за правовою природою, проміжною судовою заборонаю, яка обмежує відповідача в праві відчуження або розпорядження майном, що перебуває в його власності. Мета заморожуючих заходів полягає в утриманні відповідачів від переміщення, переховування, іншого невинновданого розтрачання активів в такий спосіб, щоб зробити себе недоторканим для суду [87].

Англійський суд має право (відповідно до Закону про цивільну юрисдикцію та виконання судових рішень 1982 року)), надавати всесвітні заморожуючі заходи в підтримку проваджень за межами Англії. Це повноваження науковці описують як «ядерну зброю» англійського судового процесу; воно використовується судами з більшою обережністю, ніж якщо основний судовий розгляд було розпочато на території Англії [88, с. 99].

Е. Твідейл і К. Твідейл зауважують, що протягом 1990-2000-х років англійське законодавство впровадило концепцію всесвітнього заморожуючого заходу правового захисту. Такі заходи можуть надаватися лише у випадках, коли арбітраж має місце в Англії, Уельсі та Північній Ірландії. Звернення до виконання всесвітнього забезпечувального заходу за кордоном потребуватиме затвердження компетентним іноземним судом. Державні суди, на думку вчених, будуть обережними під час надання всесвітніх заморожуючих заходів, а від сторони буде вимагатися доведення того, що обставини її справи виправдовують вжиття такого заходу забезпечення позову [29, с. 301].

Повноваження застосовувати заморожуючі заходи забезпечення позову впливає з розділу 37 Закону про Верховний Суд Англії 1981 року і пункту 1 розділу 25 Цивільного процесуального кодексу Англії.

Згідно з підпунктом f пункту 1 розділу 25 Цивільного процесуального кодексу Англії державний суд може застосовувати, зокрема, так звані «заморожуючі» заходи, а саме заходи, що запобігають стороні виводити активи з юрисдикції, в якій вони розташовані, або здійснення будь-яких дій щодо активів, незалежно від того, чи вони розташовані у межах або за межами юрисдикції.

Якщо подається клопотання про вжиття всевітнього заморожуючого заходу в підтримку розгляду, що проводиться за межами Англії, позивач повинен також довести існування реального зв'язку між активами відповідача та Англією [88, с. 99].

Закон про Верховний Суд висуває щодо надання заморожуючих заходів вимогу про те, що суд має врахувати, в повній мірі, всі обставини під час винесення рішення, щоб переконатися, чи є справедливим (неупередженим) та прийнятним вжиття заморожуючого заходу захисту (частина перша розділу 37).

Серед інших факторів під час ухвалення відповідного рішення судом можуть братися до уваги також, зокрема, докази того, що відповідач здійснював маніпуляції з активами через міжнародні банківські рахунки, компанії, виводить активи за межі юрисдикції (навіть не з метою зриву виконання судового рішення), природа походження активів відповідача, фінансовий стан відповідача та його кредитна історія, ступінь тісноти зв'язку з юрисдикцією [87].

Враховуючи положення англійського національного законодавства та аналіз судових прецедентів у справах про забезпечення позову державним судом на підтримку арбітражного розгляду, можна зробити висновок про те, що державні суди Англії, переважно, дотримуються позиції невторчання, та юрисдикція державного суду по відношенню до арбітражу є суто

допоміжною. Суд може вжити забезпечувальні заходи лише у виключних випадках – якщо арбітр не має достатніх повноважень, або тимчасово не може діяти ефективно (зокрема, до формування арбітражного складу).

2.3.2. Імперативне забезпечення позову в міжнародному комерційному арбітражі за законодавством Італії, Німеччини та Швейцарії

Національне законодавство ряду держав, а також окремі арбітражні регламенти, передбачають виключну компетенцію державного суду застосовувати забезпечувальні заходи в підтримку арбітражного розгляду, що пояснюється упередженим ставленням до приватного правосуддя [89, с. 630]. Однією з таких юрисдикцій залишається Італійська Республіка. Зокрема, згідно зі статтею 818 «Запобіжні заходи» розділу VIII «Про арбітраж» Італійського цивільного процесуального кодексу (далі - СРСІ) арбітри не можуть застосовувати заборони або інші запобіжні заходи, якщо інше не передбачено законом [90].

В Італійській Республіці традиційно превалує концепція, відповідно до якої примусовими повноваженнями наділений виключно державний суд, що завадило законодавцю під час фундаментального реформування арбітражного законодавства в 1994 році сприйняти пропозицію Італійської арбітражної асоціації, дозволивши арбітрам застосовувати забезпечувальні заходи [91, с. 109].

Окремі питання взаємодії державного судді та арбітражу щодо надання таких заходів регламентовані статтями 669-5, 669-8 і 669-9 СРСІ. Зокрема, в разі звернення до арбітражу, клопотання про вжиття забезпечувального заходу передається компетентному державному судді; якщо клопотання задовольняється, суддя встановлює строк, що не перевищує шістдесяті днів, у межах якого має бути розпочатий розгляд справи по суті арбітражем. Такий строк вважається дотриманим, якщо сторона повідомила іншу сторону про позов до арбітражу, та було призначено арбітражний склад. В іншому випадку, забезпечувальний захід втрачає ефективність.

Якщо основний спір перейшов під юрисдикцію іноземного суду або італійського чи іноземного арбітражу, забезпечувальний захід, застосований італійським судом, також втрачає ефективність:

- якщо сторона, що подавала відповідне клопотання, не зверне до виконання в Італії рішення іноземного суду або арбітражу протягом строку, передбаченого законом або міжнародними угодами;
- якщо у рішенні, ухваленому іноземним судом, навіть такому, що не набрало законної сили, або рішенні арбітражу буде встановлено, що права, щодо якого було застосовано забезпечувальний захід, не існувало.

Г.Б. Борн, аналізуючи ЄСІ та порівнюючи італійське законодавство із національним законодавством ряду держав, доходить висновку про наявність загальної тенденції національних арбітражних законодавств до заборони арбітрам застосовувати заходи забезпечення позову [8, с. 816]; втім, таке твердження видається дискусійним.

Р. Вербіцьки підкреслює чесність і прозорість положень італійського законодавства щодо вжиття забезпечувальних заходів виключно судом. Натомість, учений зауважує, що такий підхід критикують правознавці, які вважають, що сторони повинні мати право обирати правила та процедури, відповідно до яких буде здійснюватися арбітражний розгляд спору між ними [63, с. 96].

Німеччина, незважаючи на рівень економічного розвитку, залишається непопулярним місцем арбітражу на території Європейського Союзу. Основу законодавства Німеччини про арбітраж складає Книга десята Цивільного процесуального кодексу Федеративної Республіки Німеччина (далі – ЦПК ФРН). Найбільш відомим інституціональним арбітражем ФРН є Німецький інститут арбітражу (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.; далі – DIS), регламент якого діє в редакції від 1 липня 1998 року.

Німеччина вважається юрисдикцією, що побудувала своє законодавство про арбітраж на Типовому законі ЮНСІТРАЛ. Проте, варто зауважити, що йдеться про оригінальну редакцію Типового закону

ЮНСІТРАЛ – 1985 року. Відповідні положення ЦПК ФРН, скореговані відповідно до Закону про арбітраж 1998 року, побудовані на нормах Типового закону ЮНСІТРАЛ. Інші європейські країни з усталеними традиціями проведення арбітражного розгляду, зокрема, Швейцарія, реформували арбітражне законодавство, але не засновуючись на типовому законодавстві.

Згідно з розділом 1026 ЦПК ФРН відносно питань, урегульованих розділами 1025-1061 ЦПК ФРН (тобто – розділами Книги десятої «Арбітражне провадження»), жоден державний суд не має права втручання, за виключенням випадків, прямо передбачених у Книзі десятій.

Сторона арбітражної угоди має вибір, звернутися до державного суду або до арбітражу з клопотанням про забезпечення позову; обмеження на доступ до державного суду не існує. Немає необхідності для сторони арбітражного розгляду отримувати від арбітра дозвіл на звернення до державного суду.

Розділ 1033 ЦПК ФРН встановлює, що звернення сторони до державного суду з клопотанням про забезпечення позову до або під час арбітражного розгляду не є несумісним із арбітражною угодою, а також, що державний суд має повноваження вживати забезпечувальні заходи (попередні або охоронні заходи захисту) в підтримку арбітражу. Зазначений розділ повторює текст статті 9 Типового закону ЮНСІТРАЛ, з доповненням положенням про те, що державний суд може застосувати виключно такі забезпечувальні заходи, які стосуються предмету арбітражного розгляду. Згідно з пунктом 20.2 Арбітражного регламенту DIS арбітражна угода не виключає можливість звернення сторін до державного суду, до або під час арбітражного розгляду, з проханням про вжиття заходів забезпечення позову стосовно предмету арбітражного розгляду.

ЦПК ФРН визначає дві категорії забезпечувальних заходів: арешт і тимчасове розпорядження, та в розділах 916-945 регламентує передумови та особливості їх вжиття державним судом. Згідно зі статтею 916 ЦПК ФРН

арешт є заходом, спрямованим на забезпечення обов'язкового виконання відносно рухомого або нерухомого майна за грошовою вимогою або за позовом, здатним перейти в грошову вимогу. Відповідно до частини другої статті 917 ЦПК ФРН достатньою підставою для накладення арешту вважається обставина, що судові рішення буде виконуваним за кордоном. Поняття тимчасового розпорядження, за німецьким процесуальним законодавством, є широким. Згідно зі статтею 938 ЦПК ФРН зміст тимчасового розпорядження, в кожному конкретному випадку, визначається судом на власний розсуд. Тимчасове розпорядження може полягати, зокрема, в забороні чи обмеженні права користуватись, розпоряджатись будь-яким майном (секвестрації), зобов'язанні до вчинення певної дії або забороні на вчинення певної дії, наприклад, в забороні відчуження, обтяження прав на земельну ділянку, застави земельної ділянки, зареєстрованого або споруджуваного судна.

Клопотання про будь-який забезпечувальний захід, доступний в рамках німецького законодавства, може бути подане до німецького державного суду, навіть якщо місце арбітражу знаходиться за межами Німеччини, або ще не було визначене (частина друга розділу 1025 ЦПК ФРН). Якщо відповідач у справі, що розглядається в іноземному арбітражі, має постійне місце знаходження підприємства або проживання в Німеччині, німецькі суди визнаються компетентними щодо надання забезпечення позову.

Розділ 1041 і розділи 1062-1063 ЦПК ФРН містять взаємопов'язані положення. Відповідно до частини другої розділу 1041 суд може дозволити звернення до виконання забезпечувального заходу, наданого арбітражем, якщо клопотання про відповідний захід захисту не було вже подане до державного суду. Клопотання про вжиття державним судом заходу забезпечення позову вноситься до компетентного суду відповідно до загальних положень цивільного процесуального законодавства Німеччини. Пункт 3 частини першої розділу 1062 ЦПК ФРН передбачає компетенцію Вищого регіонального суду в області, під територіальною юрисдикцією

якого знаходиться місце арбітражу, зокрема, щодо видачі дозволу на звернення до виконання забезпечувального заходу, наданого арбітражем. Як правило, саме Вищий регіональний суд, в сфері територіальної юрисдикції якого позивач або відповідач має місце знаходження підприємства або постійне місце проживання, буде компетентним судом (частина третя розділу 1062).

Частина друга розділу 1062 ЦПК ФРН надає компетенцію державному суду звертати до виконання припис арбітражу про вжиття забезпечувального заходу, якщо навіть місце арбітражу знаходиться поза межами Німеччини.

Державний суд може, за клопотанням, скасувати або змінити власне рішення, щоб надати можливість для виконання розпорядження арбітра (частина третя розділу 1041). Заявником, у таких випадках, може будь-яка зі сторін арбітражного розгляду.

Частина четверта розділу 1041 врегульовує питання збитків, що підлягають відшкодуванню стороною, яка звернулася до суду для виконання розпорядження про вжиття забезпечувального заходу, що пізніше виявляється необґрунтованим з самого початку. Позов про відшкодування збитків може бути поданий до початку арбітражного розгляду. Відтак, сторона, чиє стверджуване право знаходиться в більшій небезпеці протягом часу, який має сплинути до остаточного судового рішення, може отримати розпорядження про забезпечення позову. Якщо розподіл ризиків виявляється хибним, повинна бути сплачена компенсація.

На практиці, як зауважує Й. Бредоу, більшість клопотань про забезпечення позову подається до державних судів. Зокрема, коли арбітражний склад ще не сформований, або коли видається вірогідним, що захід потребуватиме примусового звернення до виконання, державні суди Німеччини дійсно виявляються більш придатними для забезпечення позову [92, с. 162].

Німецьке законодавство про арбітраж виходить з принципу територіальності: положення Книги десятої ЦПК ФРН повинні

застосовуватися, за умови, якщо місце арбітражу знаходиться в Німеччині. Положення німецького законодавства щодо забезпечення позову в арбітражі надають стороні арбітражного розгляду свободу вибору – звертатися до арбітражу або до державного суду з клопотанням про вжиття забезпечувальних заходів. Книга десята Німецького цивільного процесуального кодексу розроблена таким чином, щоб надати еквівалентну ефективність забезпечувальним заходам, що застосовуються арбітражним складом і державним судом. Варто наголосити, що арбітр може видати розпорядження про будь-який забезпечувальний захід, а державний суд – змінити його, за необхідності, таким чином, щоб звернути його до виконання відповідно до процедур, передбачених процесуальним законодавством Німеччини. Можна припустити, що арбітр може вживати забезпечення позову *ex parte*, а державний суд – надавати дозвіл на їх виконання. Також, особливістю німецького законодавства є можливість виконання рішення іноземного арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів, навіть якщо місце арбітражу знаходиться поза територіальними межами Німеччини.

Швейцарська правова культура визнає арбітраж переважним способом вирішення спорів: швейцарська юридична спільнота намагається створити сприятливе середовище для проведення та приймання арбітражних розглядів, з огляду на що були впроваджені гнучке *lex arbitri*, що регулює функціонування міжнародного комерційного арбітражу, та нова редакція Швейцарських правил міжнародного арбітражу від 1 червня 2012 року, що функціонує в якості єдиного арбітражного регламенту Торгово-промислових палат Базеля, Берна, Женев, Лозанни, Лугано, Невшателя і Цюриха [93, с. 345].

Третейське судочинство, що здійснюється на території Швейцарії, відбувається відповідно до положень Цивільного-процесуального кодексу від 19.12.2008 р. (діє в редакції 2013 року; далі – ЦПК Швейцарії), згідно з частиною першою статті 374 якого, зокрема, державний суд або, якщо сторони не домовилися про інше, арбітражний склад може, за заявою

сторони застосувати забезпечувальні заходи, в тому числі, щодо збереження доказів.

Правові засади функціонування іноземного арбітражу в Швейцарії регулюються Федеральним законом про міжнародне приватне право від 18 грудня 1987 (Private International Law Statute; далі - PILS), зокрема, главою 12 PILS «Міжнародний арбітраж». Згідно з положеннями статті 176 PILS швейцарський арбітраж кваліфікується як міжнародний, якщо в момент укладання арбітражної угоди принаймні одна зі сторін не мала в Швейцарії постійного місця проживання або місця перебування [94].

Стаття 10 PILS, а також стаття 24 Луганської конвенції передбачають повноваження швейцарських державних судів застосовувати забезпечувальні заходи, які допускає законодавство Швейцарії, навіть якщо розгляд справи по суті не відноситься до швейцарської міжнародної юрисдикції.

Арбітражний склад, відповідно до статті 183 PILS, наділений правом застосовувати заходи забезпечення позову за клопотанням сторони арбітражної угоди, якщо сторони не домовилися про інше; втім, така юрисдикція арбітражу не є ексклюзивною: якщо заінтересована сторона не дотримується, в добровільному порядку, припису арбітрів, арбітражний склад може звернутися до державного суду за місцем арбітражу з проханням про сприяння. З положень зазначеної статті випливає:

- повноваження арбітражного складу застосовувати забезпечувальні заходи;
- можливість сторін арбітражної угоди домовитися про ненадання арбітражу відповідної компетенції;
- сприяння державного суду щодо забезпечення позову може здійснюватися за ініціативою арбітражу або сторони арбітражної угоди.

У правовій доктрині Швейцарії виділяють три різновиди забезпечувальних заходів, засновуючись на критерії мети їх вжиття [95, с. 9]:

1. Спрямовані на збереження статус-кво. Мета таких заходів полягає в запобіганні фактичним змінам, які можуть підірвати виконуваність остаточного рішення в справі. До таких заходів, зокрема, відносять

утримання від відчуження або заміни предмету спору, передачу предмету спору тимчасовому депозитарію, утримання від використання акредитиву, а також розпорядження щодо збереження доказів.

2. Заходи регулятивного або декларативного характеру. Метою таких заходів є визначення, на строк арбітражного розгляду, статусу спірних правовідносин. Такими заходами є, наприклад, розпорядження про призупинення дії корпоративної резолюції, або про те, що особа, на певний строк, позбавляється права діяти в інтересах сторони, або сторона має право зупинити роботи за контрактом. Особливістю декларативних забезпечувальних заходів є відсутність необхідності в сприянні державного судочинства для їх виконання.

3. Спрямовані на попереднє (тимчасове) виконання, мету яких становить попереднє виконання забезпечувального заходу таким чином, щоб еквівалентний захід, наданий у остаточному рішенні в справі, залишився актуальним (розпорядження про зупинення виробництва та продажу продуктів, що є предметом оспорюваних патентних прав, розпорядження про зупинення використання товарних знаків, що є предметом спору між сторонами).

Швейцарські правила міжнародного арбітражу (далі – Швейцарські правила) встановлюють конкурентну юрисдикцію арбітражу та повноважного державного суду із забезпечення позову в статті 26, згідно з частиною п'ятою якої звернення сторони до державного суду з клопотанням про вжиття забезпечувальних заходів не повинно вважатися несумісним з арбітражною угодою, або відмовою від цієї угоди [96].

Як наголошують правознавці, у випадках, коли клопотання щодо одних і тих самих забезпечувальних заходів подається до державного суду і арбітражу, компетенцію надати такі заходи вважатиметься покладеною на той орган, у якому першому клопотання було зареєстровано. Якщо суд надає захід або відмовляє в ньому, сторони не можуть згодом звернутися з того ж самого питання до арбітражу з метою отримання більш сприятливого

припису, та навпаки. Навіть якщо звернення про надання забезпечення позову надійшло до державного суду лише через те, що арбітражний склад ще не був сформований, арбітраж не може згодом, після сформування, скасувати або змінити забезпечувальний захід, вжитий суддею [97].

С. Лембо і В. Гюїне визначають перелік випадків, коли повноваження державних судів Швейцарії вживати забезпечувальні заходи є необхідним:

- арбітражний склад не має юрисдикції із забезпечення позову відносно третіх осіб, які не зв'язані арбітражним застереженням;
- арбітраж не має права звертати до виконання заморожуючі заходи (зокрема, «швейцарський арешт»), передбачені швейцарським законодавством про банкрутство;
- арбітри не можуть забезпечити негайне виконання свого розпорядження, тому в термінових випадках, і коли існує ризик недотримання припису арбітражного складу, більш ефективним є пряме звернення до суду [95, с. 4].

Відповідно до частини другої статті 183 PILS швейцарський державний суд, до якого звертається з клопотанням сторона арбітражної угоди, має застосовувати своє власне право – відтак, може видати розпорядження про виконання лише таких забезпечувальних заходів, які передбачені швейцарським законодавством.

Застосовуючи за аналогією частину другу статті 374 ЦПК Швейцарії [98], що регулює вжиття забезпечувальних заходів під час арбітражного розгляду, що відбувається на території Швейцарії, сторона має право звернутися до суду за сприянням для звернення до виконання того чи іншого забезпечувального заходу, проте, повинна отримати попередню згоду арбітражного складу.

Дослідники акцентують увагу на тому, що розглядаючи клопотання про звернення до виконання розпоряджень арбітражу, швейцарські суди мають концентруватися на, перш за все, тому чи дійсна арбітражна угода між сторонами, чи дотримано всіх вимог при формуванні арбітражного складу, і чи має арбітражний суд *prima facie* юрисдикцію із забезпечення позову. Якщо

всі зазначені умови дотримані, державний суд не буде переглядати зміст рішення арбітражного складу, та навіть обмежить себе в розгляді дотримання відповідності швейцарським публічно-правовим нормам у такому рішенні [99, с. 121].

Дискусійним у швейцарській юридичній рефлексії залишається питання про повноваження арбітражного складу, з метою забезпечення грошової вимоги, видавати розпорядження про заморожування активів відповідача, що не є предметом спору (так званий «швейцарський арешт»). Більшість правознавців заперечують компетенцію арбітражу видавати приписи відносно активів, які перебувають на території Швейцарії, оскільки відповідні заходи регулюються Федеральним законом про стягнення боргів і банкрутство (Federal Debt Collection and Bankruptcy Act), а не PILS. Водночас, висловлюється й протилежна точка зору про те, що арбітри повноважні надавати заморожуючі заходи, різновидом яких є «швейцарський арешт», за умови, однак, що для забезпечення примусового виконання такого заходу в Швейцарії арбітражний склад може застосувати заморожуючий захід лише, якщо вимоги, передбачені Законом про стягнення боргів дотримані в повному обсязі. З іншого боку, коли активи перебувають за межами Швейцарії (тобто місце виконання забезпечувального заходу знаходиться за межами Швейцарії), і доступні для вжиття заходи забезпечення позову визначаються іноземним правом, швейцарський арбітраж має повноваження вживати будь-які заморожуючі заходи, передбачені та виконувати за іноземним правом, що застосовується [97].

Будь-яка особа, що не дотримується вимог «швейцарського арешту» (без достатніх повноважень та на шкоду кредиторам розпорядилася майном, яке було офіційно вилучене або арештоване, зареєстроване в процедурах стягнення заборгованості, банкрутства або утримування, є частиною власності, що була передана відповідно до акту ліквідації заборгованості, або пошкодила, знищила, знизила цінність або зробила непридатним до використання таке майно), ризикує бути притягнена до кримінальної

відповідальності до трьох років позбавлення волі або штрафу (стаття 169 Швейцарського кримінального кодексу [100]).

Також, варто наголосити на тому, що рішення арбітражу про забезпечення позову не є остаточним рішенням у справі, тому воно не може бути скасоване у випадках, встановлених частиною другою статті 190 PILS. Розпорядження швейцарських державних судів про звернення до виконання відповідних рішень арбітражу, як і будь-які інші рішення першої інстанції про вжиття забезпечувальних заходів, можуть бути предметом апеляційної скарги згідно з частиною першою статті 308 ЦПК Швейцарії.

2.3.3. Вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі у Білорусі, Росії та Казахстані

Національне законодавство Республіки Білорусь, що регламентує особливості арбітражного розгляду, як і законодавство України, спирається на положення типового законодавства. Закон Республіки Білорусь «Про міжнародний арбітражний (третейській) суд» від 9.07.1999 р. № 279-3 (далі – Закон РБ) передбачає повноваження як арбітражу, так і державного суду виносити забезпечувальні заходи [101]. Зокрема, згідно зі статтею 23 Закону РБ, якщо угодою сторін не передбачено інше, склад міжнародного арбітражного суду може, на прохання будь-якої зі сторін, винести ухвалу про вжиття будь-якою стороною таких забезпечувальних заходів щодо предмету спору, які він вважає необхідними. Склад міжнародного арбітражного суду може вимагати від будь-якої з сторін надання належного забезпечення у зв'язку з такими заходами. Арбітраж або сторона, за згоди арбітражного складу, може звернутися до державного суду або суду іноземної держави з клопотанням про забезпечення позову чи доказів. Державний суд, у межах своєї компетенції та відповідно до порядку, встановленого процесуальним законодавством Республіки Білорусь, задовольняє таке клопотання.

Стаття 12 Регламенту Міжнародного арбітражного суду при Білоруській Торгово-промисловій палаті, дійсного з 5.04.2011 р. (далі – МАС при БілТПП) повторює положення Закону РБ, відповідно до якого, якщо сторони арбітражної угоди не домовилися про інше, арбітраж може, на прохання будь-якої зі сторін, винести ухвалу про вжиття стороною таких забезпечувальних заходів щодо предмету спору, які вважає необхідними. До формування арбітражного складу згода на звернення стороною угоди до державного суду із клопотанням про забезпечення позову може бути надана Головою МАС при БілТПП [102].

Як зауважує А.С. Данилевич, на практиці, МАС при Біл ТПП виносить ухвалу, в якій міститься клопотання про забезпечення позову або доказів до

компетентного господарського суду за місцем знаходження відповідача [103, с. 198].

Згідно з частиною третьою статті 113 Господарського процесуального кодексу Республіки Білорусь (далі – ГПК РБ) заходи із забезпечення позову, що розглядається міжнародним арбітражним (третейським) судом, можуть бути застосовані судом, що розглядає економічні справи, за клопотанням складу міжнародного арбітражного суду або сторони арбітражного розгляду [104].

До клопотання сторони арбітражного розгляду про забезпечення позову, розглянутого міжнародним арбітражним судом, що знаходиться на території Республіки Білорусь, відповідно до положень статті 114 ГПК РБ, додаються документ, що підтверджує згоду арбітражу на звернення сторони до суду, який розглядає економічні справи, з клопотанням про забезпечення позову, а також документ, що підтверджує сплату державного судового збору. Згідно з частиною другою статті 115 ГПК РБ клопотання про забезпечення позову, що розглядається в міжнародному арбітражному суді, розглядається в судовому засіданні судом, що розглядає економічні справи, за місцем арбітражного розгляду або за місцем знаходження майна, щодо якого можуть бути вжиті заходи забезпечення позову.

Заходами забезпечення позову, за господарським процесуальним законодавством Республіки Білорусь, можуть бути (стаття 116 ГПК РБ): накладення арешту на нерухомість або інше майно, що належать відповідачу і знаходяться у нього або в інших осіб; накладення арешту на грошові кошти, що знаходяться на рахунках у банках і (або) небанківських кредитно-фінансових організаціях; заборона відповідачу вчиняти певні дії; покладення на відповідача обов'язку вчинити певні дії; заборона іншим особам вчиняти певні дії, що стосуються предмету спору; призупинення стягнення за виконавчим документом чи іншим документом, що допускає стягнення у безспірному порядку; призупинення реалізації майна у випадку пред'явлення позову про звільнення його від арешту; тимчасове обмеження права

громадянина або індивідуального підприємця, що є відповідачами, на виїзд з Республіки Білорусь. Перелік запобіжних заходів, визначений ГПК, не є вичерпним; заходи, передбачені іншими законодавчими актами Республіки Білорусь, можуть застосовуватися для забезпечення позову.

А.С. Данилевич пропонує три варіанти регламентації звернення до виконання забезпечувальних заходів, що застосовуються арбітражем на території Білорусі, та таких, що виносяться іноземним арбітражем:

1. Створення правового режиму, за якого державний суд наділяється дискреційними повноваженнями (спочатку арбітраж досліджує докази необхідності вжиття того чи іншого заходу, а потім компетентний державний суд вивчає матеріально-правові аспекти справи).
2. Створення двох паралельних режимів юрисдикції державного суду та арбітражу.
3. Створення «національного» режиму, аналогічного тому, що відображений у Типовому законі ЮНСІГРАЛ [103, с. 203-204].

Згідно з частиною першою статті 11 Цивільного кодексу Російської Федерації захист порушених або оспорюваних цивільних прав здійснює суд, арбітражний суд або третейський суд [105].

Російські дослідники наголошують на тому, що юрисдикційна діяльність третейського суду неможлива без участі з боку держави, оскільки, по-перше, третейський розгляд відбувається на суверенній території, а, по-друге, правозастосовний акт, що приймається за результатами арбітражу, має бути включений до правопорядку держави за місцем розгляду спору та (або) за місцем виконанням рішення [106, с. 85].

На думку С.А. Курочкина, незважаючи на те, що практика міжнародного комерційного арбітражу переконливо свідчить про можливість його повної делокалізації, розгляду спору виключно на основі арбітражної угоди сторін, контрактуалізація в цивілістичному процесі ніколи не досягне абсолютного стану; її межі задані публічним порядком, зацікавленістю суспільства в справедливій судовій процедурі [59, с. 396].

О.Ю. Скворцов акцентує увагу на тому, що інститут забезпечення позову входить у конфлікт з принципами третейського розгляду, заснованими на добровільному підпорядкуванні сторін юрисдикції третейського суду. Однак це вимушена міра, передбачена законодавцем. Жоден з учасників процесу не зацікавлений в тому, щоб його можливість користуватися майном, розпоряджатися грошовими коштами була скута забезпечувальним заходом; саме через це завжди існує ризик, що сторони перешкоджатимуть застосуванню заходів забезпечувального характеру. Подолання таких перешкод можливе тільки на основі примусових механізмів виконання рішень про забезпечення позовних вимог [107, с. 468].

Механізм вжиття забезпечувальних заходів у Російській Федерації складається з двох стадій, оскільки відповідне клопотання розглядається спочатку третейським судом, та лише потім - компетентним державним судом. За таких обставин практичне здійснення забезпечувальних заходів об'єктивно сповільнюється, чим може скористатися інша сторона [108].

Порядок вжиття забезпечувальних заходів під час арбітражного розгляду, за російським законодавством, визначається Законом Російської Федерації «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 7.07.1993 року (діє в редакції 2008 року; далі – Закон РФ «Про МКА»), Арбітражним процесуальним кодексом Російської Федерації (далі – АПК РФ) або нормами застосовуваного іноземного права. Російська Федерація також є державою-учасницею Нью-Йоркської конвенції 1958 року та Європейської конвенції 1961 року.

Російське законодавство не передбачає визнання і звернення до виконання арбітражних забезпечувальних заходів (виходячи з цього, державні суди не звертають до виконання такі заходи, незалежно від того, чи вони винесені на території Російської Федерації чи на території іноземної держави) [89, с. 635].

Відповідно до статті 9 Закону РФ «Про МКА» звернення сторони до суду до або під час арбітражного розгляду з клопотанням про вжиття заходів

забезпечення позову та винесення судом ухвали про вжиття таких заходів не є несумісним із арбітражною угодою [109].

Імперативний спосіб забезпечення позову на підтримку арбітражу заснований на принципово інших позиціях, ніж вжиття забезпечувальних заходів арбітражним складом. Зацікавлена особа звертається за сприянням до публічної влади (компетентного державного суду) Російської Федерації. Застосовуючи заходи забезпечення позову в підтримку арбітражу, державний суд, зокрема, здійснює контроль дійсності арбітражної угоди [20, с. 227].

Інформаційний лист Президії Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації від 7.07.2004 року № 78 «Огляд практики вжиття арбітражними судами попередніх забезпечувальних заходів» визначає, що попередні забезпечувальні заходи застосовуються для забезпечення виконання майбутнього рішення третейського суду відповідно до частини третьої статті 90 АПК РФ за наявності підстав для їх вжиття, передбачених частиною другою зазначеної статті (пункт 2). Арбітражний суд застосовує попередні забезпечувальні заходи за заявою сторони третейського розгляду за загальними правилами, передбаченими АПК РФ, з урахуванням особливостей третейської форми розгляду спорів (пункт 23) [110].

Згідно з частиною другою статті 90 АПК РФ забезпечувальні заходи допускаються на будь-якій стадії арбітражного процесу, якщо невжиття цих заходів може утруднити або унеможливити виконання судового акту, в тому числі, якщо виконання судового акту передбачається за межами Російської Федерації, а також з метою запобігання заподіяння значної шкоди заявнику [111]. Відтак, основними підставами для забезпечення позову, відповідно до російського законодавства, є загроза нівелювання процесуального акту та ризик заподіяння суттєвих збитків позивачеві. Заходи забезпечення позову можуть бути прийняті арбітражним судом, за заявою сторони третейського розгляду, за місцем знаходження третейського суду, або за місцем знаходження або місцем проживання боржника, або місцем знаходження майна боржника (частина третя статті 90 АПК).

Арбітражним судом може бути одночасно застосовано одразу декілька заходів забезпечення позову. Відповідно до статті 91 АПК РФ забезпечувальними заходами можуть бути:

1. Накладення арешту на грошові кошти або інше майно, що належить відповідачу і знаходяться у нього або інших осіб.
2. Заборона відповідачу та іншим особам вчиняти певні дії, що стосуються предмету спору.
3. Покладання на відповідача обов'язку вчинити певні дії з метою запобігання псування, погіршення стану спірного майна.
4. Передача спірного майна на зберігання позивачу або іншій особі.
5. Призупинення стягнення по оскаржуваному позивачем виконавчому чи іншому документу, стягнення за яким здійснюється у безспірному порядку.
6. Призупинення реалізації майна у випадку подання позову про звільнення майна від арешту.

Зазначений перелік не є вичерпним; судом можуть застосовуватися і інші заходи забезпечення позову. Складність відносин, що виникають між учасниками цивільного обороту не дає можливості передбачити всі можливі заходи, за допомогою яких можна забезпечити виконання зобов'язань. Характер і спосіб забезпечувальних заходів, які необхідно застосувати у зв'язку з розглядом спору, обумовить конкретне правозастосування міжнародним третейським судом у певній ситуації [107, с. 473].

Цілі, які переслідують сторони арбітражного розгляду, коли подають клопотання до арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів, суттєво відрізняються в кожному конкретному випадку, як наголошує С.В. Ніколюкін. Як правило, це: заходи в підтримку арбітражного розгляду, які можуть включати постанови, які зобов'язують одну сторону арбітражного розгляду надати іншій стороні можливість отримати докази, які знаходяться в її розпорядженні; зобов'язати сторону зберігати протягом арбітражного розгляду певні докази; заходи, спрямовані на уникнення додаткових збитків, в тому числі, заходи, спрямовані на збереження статус-кво до остаточного

вирішення спору (наприклад, постанови арбітражу, які зобов'язують одну або обидві сторони утримуватися від прийняття будь-яких заходів до винесення арбітражного рішення, або вчинити конкретні дії, спрямовані на забезпечення збереження швидкопсувних товарів); заходи, що сприяють подальшому зверненню до виконання арбітражного рішення. Такі заходи включають накладення арешту на майнові активи відповідача, а також аналогічні заходи, спрямовані на збереження таких активів у межах держави, де передбачається звернення до виконання рішення арбітражу. Накладення арешту може здійснюватися по відношенню, наприклад, до рухомого або нерухомого майна відповідача, банківські рахунки або дебіторську заборгованість. До таких заходів відносяться також накази про заборону вивезення активів або предмета спору за межі юрисдикції [108].

Згідно з частиною п'ятою статті 92 АПК РФ до заяви сторони третейського розгляду про забезпечення позову додаються завірена головою постійно діючого третейського суду копія позовної заяви, прийнятої до розгляду третейським судом, або нотаріально посвідчена копія такої заяви і завірена належним чином копія арбітражної угоди. Варто зауважити, що забезпечувальні заходи державного суду Російської Федерації, спрямовані на сприяння діяльності міжнародного комерційного арбітражу, відтак, можуть застосовуватися лише по відношенню до позову, що вже прийнятий до третейського розгляду.

Забезпечувальні заходи можуть застосовуватися не лише в період власне третейського розгляду, але й під час розгляду заяви про визнання та примусове виконання рішення третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу, в період відкладення заяви про видачу виконавчого листа на примусовий розгляд. Якщо в суді знаходиться на розгляді заява про скасування або про призупинення виконання рішення третейського суду, арбітражний суд, в якому розглядається заява про видачу виконавчого листа на примусове виконання цього рішення, відповідно до частини п'ятої статті 238 АПК РФ, може, якщо визнає доцільним, відкласти розгляд заяви про

видачу виконавчого листа і за клопотанням сторони, що звернулася із заявою про видачу виконавчого листа, може також зобов'язати іншу сторону надати належне забезпечення за правилами, передбаченими АПК РФ. Якщо в суді заявлено клопотання про скасування або зупинення виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, суд, в якому запитується визнання або виконання, може, якщо визнає це за належне, відкласти винесення свого рішення і може також за клопотанням тієї сторони, яка просить про визнання або виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, зобов'язати іншу сторону надати належне забезпечення (частина друга Закону РФ «Про МКА»).

Порядок розгляду арбітражним судом заяви про забезпечення позову регламентований статтею 93 АПК РФ. Заяву про забезпечення позову має бути розглянуто арбітражним судом не пізніше наступного дня після дня надходження заяви до суду; сторони не сповіщаються про розгляд справи.

Відповідно до постанови Пленуму Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації від 9.07.2003 р. № 11 «Про практику розгляду арбітражними судами заяв про вжиття забезпечувальних заходів, пов'язаних із заборонаю проводити загальні збори акціонерів», приймаючи рішення про вжиття забезпечувальних заходів, суду слід враховувати, що вони не повинні призводити акціонерне товариство до фактичної неможливості здійснювати свою діяльність або до істотного утруднення його діяльності, а також до порушення цим товариством російського законодавства (пункт 5). Такий підхід обгрунтовується тим, що заборона проводити загальні збори акціонерів фактично означає заборону акціонерному товариству здійснювати свою діяльність у тій частині, в якій вона здійснюється за допомогою прийняття рішень загальними зборами. Тому суд не може в порядку прийняття забезпечувальних заходів по спорах про оскарження рішень органів управління акціонерного товариства, про визнання недійсними угод з акціями товариства, про вжиття наслідків недійсності таких угод, про визнання недійсним випуску акцій акціонерного товариства, а також з інших

спорах забороняти акціонерному товариству, її органам або акціонерам проводити річні або позачергові загальні збори акціонерів (пункт 2) [112].

Компетентний державний суд має право скасувати ухвалу про забезпечення позову, розглянутого третейським судом за клопотанням однієї зі сторін. Порядок скасування забезпечення позову арбітражним судом встановлений в статті 97 АПК РФ (судом загальної юрисдикції - у статті 144 ЦПК РФ). Якщо в арбітражному процесі клопотання про скасування заходів забезпечення позову мають право подавати особи, що беруть участь у справі, то в цивільному процесі, крім осіб, що беруть участь у справі, ініціатором скасування заходів забезпечення позову може виступити суд.

З прийняттям третейським судом рішення, яким задовольняються позовні вимоги, компетентний державний суд скасовує забезпечувальні заходи. Скасування забезпечувальних заходів компетентним державним судом оформлюється у вигляді ухвали, копії якої направляються особам, які беруть участь у справі, не пізніше наступного дня після її винесення. Відповідно до частини третьої статті 188 АПК РФ відповідні ухвали можуть бути оскаржені в апеляційному чи касаційному порядку протягом місяця після їх винесення.

Конституція Республіки Казахстан, у статті 13, визначає, що кожен має право на визнання його правосуб'єктності та право захищати свої права та свободи всіма способами, що не суперечать закону, включаючи необхідну оборону; кожен має право на судовий захист своїх прав і свобод. Згідно з частиною першою статті 75 Конституції Республіки Казахстан правосуддя в Республіці Казахстан здійснюється лише судом [113]. Третейські (арбітражні) суди не входять до судової системи Республіки Казахстан (частина перша статті 3 Конституційного Закону Республіки Казахстан «Про судову систему і статус суддів Республіки Казахстан» від 25.12.2000 р.) [114]. Відповідно до статті 9 Цивільного процесуального кодексу Республіки Казахстан від 13.07.1999 р. (у чинній редакції від 24.04.2015 р.; далі – ЦПК

РК) правосуддя у цивільних справах здійснюється тільки судом за правилами, встановленими цивільним процесуальним законодавством [115].

Законодавством Республіки Казахстан забезпечувальні заходи в цивільному судочинстві визначені як передбачені ЦПК РК та іншими законодавчими актами Республіки Казахстан заходи процесуального припинення можливих дій відповідача (боржника), які можуть утруднити чи зробити неможливим примусове виконання судового акту (пункт 1 Нормативної постанови Верховного Суду Республіки Казахстан «Про вжиття забезпечувальних заходів у цивільних справах» від 12.01.2009 р. № 2 [116]; далі – Постанова ВС РК).

Стаття 25 ЦПК РК прямо передбачає, що підвідомчий суду спір, що виник з цивільно-правових відносин, за угодою сторін, може бути переданий на розгляд арбітражу або третейського суду, коли це не заборонено законодавчими актами Республіки Казахстан, і згідно з підпунктом 4 статті 170 та статтею 192 ЦПК РК.

Згідно зі статтею 416 ЦПК РК суди Республіки Казахстан розглядають справи за участі іноземних осіб, якщо організація-відповідач знаходиться або громадянин-відповідач має місце проживання на території Республіки Казахстан, а також у ряді випадків, визначених у частині другій і третій статті 416. Відповідно до частини першої статті 158 ЦПК РК, за заявою осіб, що беруть участь у справі, сторін арбітражного або третейського розгляду суд може застосувати заходи із забезпечення позову.

Заяву про вжиття забезпечувальних заходів може бути подано на будь-якій стадії розгляду справи (пункт 5 Постанови ВС РК): при підготовці справи до судового розгляду, у судовому засіданні, після винесення судом процесуального акту, але до звернення його до примусового виконання.

У Республіці Казахстан діють закони «Про третейські суди» від 28.12.2004 року та «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 28.12.2004 року.

Відповідно до статті 15-1 Закону Республіки Казахстан «Про міжнародний комерційний арбітраж», якщо сторони не домовилися про інше, арбітраж, на прохання будь-якої зі сторін, може розпорядитися про вжиття будь-якою стороною таких заходів із забезпечення позову по відношенню до предмету спору, які він вважатиме необхідними, про що виносить постанову. Заява про забезпечення позову, що розглядається в арбітражі, подається стороною до компетентного суду за місцем здійснення арбітражного розгляду або за місцезнаходженням майна, по відношенню до якого можуть бути вжиті заходи забезпечення позову. Згідно з статтею 25-4 зазначеного закону сторони під час арбітражного розгляду мають право звернутися до компетентного державного суду із заявою про вжиття заходів із забезпечення позову. Прийняття компетентним судом постанови про забезпечення позову не є несумісним з арбітражною угодою [117].

Закон Республіки Казахстан «Про третейські суди» містить статтю 32 «Сприяння компетентного суду в наданні забезпечувальних заходів», в якій закріплені аналогічні норми [118].

Варто зауважити, що розгляд компетентним судом заяви про забезпечення позову, що розглядається в арбітражі, та винесення ним постанови про забезпечення позову або про відмову в його забезпеченні здійснюється в порядку, встановленому державним процесуальним законодавством Республіки Казахстан (частина третя статті 25-4), відтак, із дотриманням положень ЦПК РК, зокрема, глави 15 «Забезпечення позову».

Питання повідомлення відповідача (відповідачів) про розгляд судом клопотання про забезпечення позову вирішується, відповідно до Постанови ВС РК, таким чином, що заява про забезпечення позову, подана при підготовці справи до судового розгляду, а також відповідна заява, подана до звернення судового акту до примусового виконання, розглядаються суддею одноособово, без повідомлення осіб, що беруть участь у справі про місце і час розгляду.

Як постановив Верховний Суд Республіки Казахстан, під час розгляду заяви про забезпечення позову державний суд зобов'язаний перевірити, чи порушено арбітражним складом справу за позовом особи, яка подала заяву про вжиття забезпечувальних заходів.

Згідно з частиною першою статті 159 ЦПК РК заходами забезпечення позову можуть бути, зокрема, накладення арешту на майно, що належить відповідачу і знаходиться у нього або в інших осіб, заборона відповідачу вчиняти певні дії, заборона іншим особам передавати майно відповідачу або виконувати по відношенню до нього інші зобов'язання, призупинення реалізації майна у випадку пред'явлення позову про звільнення майна від арешту та оскарження результатів оцінки майна боржника, призупинення дії оспорюваного правового акта державного органу, органу місцевого самоврядування, призупинення стягнення за виконавчим документом, що оскаржується боржником у судовому порядку.

Визначені ЦПК РК забезпечувальні заходи не є вичерпними. З урахуванням характеру спірних правовідносин і відповідно до законодавчого акту, що їх врегульовує, суд може вжити й інші забезпечувальні заходи, якщо їх неприйняття може ускладнити або зробити неможливим виконання рішення. Міжнародними договорами, ратифікованими Республікою Казахстан, можуть також передбачатися інші види забезпечувальних заходів (пункт 4 Постанови ВС РК).

Відповідно до статті 160 ЦПК РК забезпечувальні заходи приймаються судом лише на підставі заяви позивача (заявника) або його представника, або на підставі заяви позивача по справі, що знаходиться у провадженні арбітражу.

Арбітражний регламент Казахстанського Міжнародного Арбітражу (далі – Регламент КМА), в статті 35, встановлює наступну процедуру вжиття забезпечувальних заходів: заява про забезпечення позову, що розглядається в КМА, подається стороною до компетентного суду за місцем проведення арбітражного розгляду або за місцем знаходження майна, щодо якого можуть

бути вжиті забезпечувальні заходи [119]. Відтак, вжиття забезпечувальних заходів арбітражним складом, за законодавством Республіки Казахстан, та відповідно до Регламенту КМА, не передбачається.

Процедура прийняття рішення про заходи забезпечення позову в Республіці Білорусь, Російській Федерації та Республіці Казахстан складається з двох етапів. Як це впливає з розглянутих законодавчих норм, на першому етапі зацікавлена сторона подає відповідну заяву в міжнародний арбітраж. У тому випадку, якщо арбітражний склад приймає позитивне рішення, настає другий етап процедури, на якому сторона подає заяву про забезпечення позову до компетентного державного суду.

2.4. Диспозитивний спосіб вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі

2.4.1. Забезпечення позову арбітражем за законодавством Англії

Більшість законів про арбітраж та регламентів арбітражних інституцій передбачають, що державні суди та арбітражний суд мають паралельну юрисдикцію щодо забезпечення позову. Водночас, за законодавством деяких країн арбітраж взагалі не має відповідних повноважень. В інших юрисдикціях, зокрема, в Англії, навпаки, спостерігається тенденція до розширення повноважень арбітрів відносно заходів забезпечення позову.

Варто зазначити, що тенденція до наділення арбітрів додатковими правами (зокрема, правом застосовувати забезпечувальні заходи) яскраво відображена в Законі про арбітраж 1996 року, але питання про виконуваність таких розпоряджень арбітрів за відсутності санкції державного суду залишається невирішеним. Зокрема, С.М. Лебедев зазначає, що суттєве значення має й те, що арбітражний суд може здійснювати свої повноваження лише після того, як він сформований, а це займає певний час після виникнення спору, протягом якого, або навіть раніше, боржник може розпоряджатися своїм майном. Також арбітри не схильні до ухвалення таких рішень через невпевненість щодо їх виконуваності [10, с. 649-650].

Положення статті 39 Закону про арбітраж надають арбітражному суду повноваження застосовувати забезпечувальні заходи. Ці повноваження впливають виключно з письмової угоди сторін [120].

На переконання Й. Коеппа, Д. Фарах і П. Вебстера арбітражний суд часто є найліпшим місцем вирішення питання про доречність вжиття конкретних забезпечувальних заходів. Якщо арбітражний склад уже сформований, і почався розгляд, арбітри, скоріш за все, будуть більш обізнаними щодо обставин справи, ніж суддя, який не визначатиме сутність спору між сторонами. Арбітраж також імовірно матиме кращі можливості

для оцінки шансів на успіх у основному спорі, а також впливу, який забезпечувальні заходи можуть мати в даній справі. Вчені наголошують, що такий вплив може бути вагомим, а іноді – вирішальним [121, с. 247].

У рамках диспозитивного способу вжиття забезпечувальних заходів міжнародним комерційним арбітражем в Англії арбітри мають наступні повноваження:

1) **якщо інше не погоджено сторонами в арбітражній угоді** – право зобов'язати позивача забезпечити безпеку арбітражних витрат (пункт 3 статті 38 Закону про арбітраж); давати вказівки щодо будь-якого майна, що є предметом розгляду, або того майна, відносно якого виникає будь-яке питання під час розгляду, і яке належить на праві власності або перебуває в однієї зі сторін у справі, зокрема, з метою збереження цього майна арбітражним судом (пункт 4 статті 38 Закону про арбітраж); зобов'язати одну зі сторін забезпечити збереження для цілей розгляду будь-якого доказу, що зберігається в неї або знаходиться під її контролем (пункт 6 статті 38 Закону про арбітраж);

2) **лише за наявності угоди між сторонами про надання арбітражу відповідних повноважень** – тимчасове розпорядження стосовно грошових платежів або розподілу майна між сторонами; розпорядження здійснити тимчасовий платіж на рахунок арбітражного суду (стаття 39 Закону про арбітраж).

Як зауважують автори коментаря до Закону про арбітраж, британські правознавці Б.Харріс, Р. Плантроуз і Дж. Текс, навіть якщо повноваження застосовувати забезпечувальні заходи надається сторонами в угоді арбітраж, в Законі про арбітраж не має вказівки щодо того, як саме арбітраж має розпорядитися свободою дій щодо вжиття заходів забезпечення позову. Зокрема, автори Закону про арбітраж уникнули будь-якого посилання на правила або судові прецеденти, пов'язані із вжиттям забезпечувальних заходів державним судом. Науковці припускають, що арбітри можуть

використовувати свій розсуд дуже гнучко, і в такий спосіб, що відрізнятиметься від позиції державного суду [3, с. 195].

Згідно з положеннями статей 42-44 Закону про арбітраж не передбачається звернення сторони до державного суду за імперативним вирішенням питання про вжиття забезпечувальних заходів доки у неї немає дозволу арбітражу або дозволу всіх інших сторін, якщо тільки справа не є терміною.

Терміновими, за англійським правом, визнаються справи, що мають невідкладний характер; часу недостатньо, щоб очікувати розгляд; наприклад, якщо внаслідок затримки, викликані очікуванням розгляду, основний спір стає «неактуальним» [5, с. 106].

Закон про арбітраж пропонує механізми підтримки виконання рішень та розпоряджень, приписів арбітражного складу. Наприклад, якщо сторона не дотримується припису арбітражу, у випадках, коли місцем арбітражного розгляду є Англія, законодавство надає арбітражному складу повноваження видати імперативне розпорядження (англ. *peremptory order*) з метою визначення часу протягом якої повинне бути виконане рішення про вжиття забезпечувального заходу (стаття 41 Закону про арбітраж). Якщо сторона не дотримується імперативного розпорядження, Закон про арбітраж передбачає широкі подальші повноваження для арбітражного складу, а саме надання несприятливих висновків, переддення до рішення, надання відповідного розпорядження щодо арбітражних витрат. Нарешті, якщо сторони не домовилися про інше, державний суд може видати розпорядження на підтримку імперативного розпорядження арбітражу [63, с. 93-94].

Процедура вжиття імперативних розпоряджень запозичена з практики англійських державних судів, що видають так звані “*unless*” orders (англ. *unless* –якщо ні), що мають таку назву, оскільки встановлюють наслідки для заінтересованої сторони, що настануть у випадку, якщо вона не дотримається приписів протягом визначеного часу. Дослідники зауважують, що імперативне розпорядження не може бути видане до звичайного

розпорядження про вжиття забезпечувального заходу. Водночас, на думку вчених, спірною може бути форма, в якій мають видаватися імперативні розпорядження. Б.Харріс, Р. Плантроуз і Дж. Текс наполягають на тому, щоб арбітраж чітко зазначав, що видане ним розпорядження є імперативним, наприклад, шляхом обов'язкового включення слів «імперативне» або «імперативно» у розпорядження або посилання на положення статті 41 Закону про арбітраж, із або без використання формули «якщо ні». Також висловлюється погляд про більшу доцільність включення в текст розпорядження змісту передбачуваної санкції заздалегідь, ніж вирішення цього питання та зобов'язання виконати її в подальшому [3, с. 203-204].

Якщо до арбітражу застосовується англійське право, можливі декілька труднощів щодо звернення до виконання арбітражних забезпечувальних заходів проти сторони угоди в Англії. Коли сторона, щодо якої необхідно застосувати примусове звернення заходу забезпечення позову до виконання знаходиться на території іншої держави, виконуваність арбітражного заходу залежатиме від місця звернення його до виконання. Якщо захід застосовується у формі проміжного рішення, існує, як мінімум, вірогідність дискусії на користь виконання його відповідно до положень Нью-Йоркської конвенції 1958 року [63, с. 94].

Розділи 38 і 39 Закону про арбітраж Англії містять положення, що регламентують загальні повноваження арбітражного складу та, безпосередньо, повноваження арбітражного складу видавати розпорядження про забезпечення позову на тимчасовій основі. Деякі з повноважень, покладених на арбітраж відповідно до розділу 38, також торкаються окремих питань надання забезпечувальних заходів, а саме: безпеки арбітражних витрат (частина третя розділу 38), збереження доказів для цілей арбітражного розгляду (частина шоста розділу 38).

Відповідно до частини третьої розділу 39 Закону про арбітраж будь-який припис арбітражу запобіжного характеру має бути предметом остаточного рішення арбітражного складу. Також підкреслюється, що

остаточне рішення арбітражу має враховувати відповідний забезпечувальний захід, наданий арбітражем. У будь-якому випадку, за відсутності домовленості сторін про надання арбітражу повноваження застосовувати забезпечувальні заходи, арбітражний склад такого повноваження не має (частина четверта розділу 39).

Статтею 25 Арбітражного регламенту LCIA арбітражу надається широкий спектр повноважень із забезпечення позову. Зокрема, арбітражний склад може:

- зобов'язати будь-яку сторону-відповідача за позовними або зустрічними позовними вимогами надати забезпечення щодо всієї суми, яка є предметом спору, або її частини, шляхом внесення авансу або надання банківської гарантії, або в будь-який інший спосіб;
- вимагати вжиття заходів щодо забезпечення збереження, зберігання, продажу або іншому розпорядженню будь-якими документами, товарами, зразками, власністю, ділянкою або річчю, що знаходиться в розпорядженні кожної зі сторін і має ставлення до суті арбітражного розгляду;
- вимагати вжиття на тимчасовій основі будь-яких заходів правового захисту (з урахуванням остаточного висновку з цього питання в арбітражному рішенні), які арбітражний склад має право вжити в своєму рішенні, в тому числі, здійснення грошових платежів або розподілу майна між сторонами [47].

Передбачені Арбітражним регламентом LCIA повноваження арбітрів обумовлені положеннями законодавства – згідно з частиною першою статті 38 Закону про арбітраж Англії сторони можуть встановлювати повноваження арбітражного складу для цілей арбітражного розгляду в угоді між ними.

Згідно з частиною першою розділу 39 Закону про арбітраж сторони вільні в своєму праві погодити, що арбітражний склад матиме повноваження застосовувати, на тимчасовій основі, будь-які заходи із забезпечення позову, які він мав би повноваження надати в остаточному рішенні. У частині другій розділу 39 уточнюється, що йдеться, наприклад, про тимчасове

розпорядження про виплату грошей або розпорядження майном у відносинах між сторонами, або проміжний платіж у зв'язку з арбітражними витратами. Наведений у тексті статті перелік варіантів забезпечувальних заходів, які можуть застосовуватися арбітражем, не є вичерпним. Інтерпретація розділу 39 потребує посилання на розділ 48, згідно з частинами другою та п'ятою якого, якщо сторони не домовилися про інше, арбітражний склад має такі самі повноваження, як державний суд – зобов'язати сторону здійснити певні дії або заборонити їй вчинення певних дій, видати припис про фактичне виконання контракту (крім договорів, пов'язаних з питаннями права власності на землю), видати припис про внесення поправки, скасування або розірвання документу, що встановлює або підтверджує право, іншого документу.

Варто наголосити, що стаття 25 Арбітражного регламенту LCIA є набагато більш змістовною, ніж відповідні розділи інших інституціональних регламентів, в яких, як правило, використовується одноманітна формула – «арбітраж може розпорядитися про вжиття таких забезпечувальних заходів щодо предмету спору, які вважатиме необхідними».

Незважаючи на це, існують обмеження щодо вжиття арбітражним складом заходів забезпечення позову [121, с. 250-251]:

- арбітражному складу не вистачає юрисдикції для вжиття забезпечувальних заходів відносно третіх осіб;
- арбітрам не вистачає повноважень для звернення до виконання заходів забезпечення позову. Арбітраж може в непрямий спосіб забезпечити дотримання шляхом явної або неявної загрози несприятливого рішення відносно сторони, що не дотримується відповідного припису, але для прямого звернення до виконання забезпечувального заходу сторони мають звертатися до державних судів. До того часу, як рішення буде звернене до виконання в імперативному порядку, існує небезпека матеріалізації ризиків, яким повинен був запобігти наданий арбітражним складом захід;

- арбітражному складу не вистачає повноважень до моменту його формування. Найбільш критичним періодом, коли сторонам потрібне забезпечення позовних вимог, найчастіше є початковий етап (виникнення спору між сторонами). Одна зі сторін може шукати шляхи відчуження спірної власності або доказу, змінення договірної або комерційного статусу шляхом розірвання угоди або торговельних правовідносин;

- державні суди мають практику вжиття забезпечувальних заходів *ex parte*. Водночас, право арбітражного складу застосовувати такі заходи є полемічним, оскільки арбітраж як форма приватноправового правосуддя має забезпечити право кожної сторони бути вислуханою.

Згідно з пунктами 7.8-7.9 Арбітражного регламенту Королівського інституту арбітрів у редакції 2000 року, дійсного на території Англії, Уельсу та Північної Ірландії (далі – Арбітражний регламент CIArb), арбітр уповноважений застосовувати, за заявою сторони арбітражної угоди, або за власною ініціативою, забезпечувальні заходи відносно наступних питань:

- розпорядження відносно виплати грошей або продажу майна;
- розпорядження про проміжну оплату у зв'язку з арбітражними витратами;
- надання будь-яких заходів правового захисту, щодо яких подане клопотання до арбітражу [122].

Згідно зі статтею 12 Арбітражного регламенту CIArb під розпорядженням про вжиття забезпечувального заходу потрібно розуміти будь-яке розпорядження про забезпечення позову, передбачене статтею 39 Закону про арбітраж Англії.

Надання сторонам арбітражу права звертатися з клопотанням про вжиття забезпечувального заходу втілює на практиці принцип автономії волі, в той час, як, головною метою наділення арбітражного складу відповідним повноваженням є запобігання подальшому поглибленню спору [2, с. 167]. Таким чином санкціонується свобода учасників цивільних правовідносин, що

є загальною рисою як автономії волі, що є виявленням принципу свободи договору, так і міжнародного комерційного арбітражу [166, с. 4].

Розпорядження арбітра про забезпечення позову може бути підтверджене, змінене або анульоване в цілому або частково арбітром, який ухвалив відповідне рішення, або будь-яким іншим арбітром, який матиме юрисдикцію щодо спору (пункт 7.11 Арбітражного регламенту CI Arb).

Варто зазначити, що 1 грудня 2015 року вступає в силу нова редакція Арбітражного регламенту CI Arb, яка детально врегульовує питання, пов'язані з наданням забезпечення позову арбітражним складом, що свідчить про практичну актуальність проблеми вжиття арбітражем забезпечувальних заходів. Відповідно до статті 26 нової редакції Арбітражного регламенту CI Arb якої будь-яка сторона, що потребує охоронних або тимчасових забезпечувальних заходів до формування арбітражного складу може подати заявку до CI Arb з проханням призначити надзвичайного арбітра. Вже сформований склад арбітражу має повноваження, за клопотанням сторін, застосовувати забезпечувальні заходи.

Також, для цілей Арбітражного регламенту CI Arb забезпечувальний захід визначається в новій редакції в якості будь-якого заходу забезпечення позову, за допомогою якого, в будь-який момент до винесення рішення в справі по суті, арбітраж видає розпорядження, наприклад, з метою:

- підтримки або відновлення статус-кво в очікуванні вирішення спору;
- вчинення дій, які б запобігли, або утриматися від вчинення дій, які можуть викликати поточні або неминучі збитки або шкоду для арбітражного розгляду;
- забезпечити заходи для збереження активів, за рахунок яких подальше рішення в справі може бути виконано;
- зберегти докази, які можуть бути актуальними і мати істотне значення для врегулювання спору.

Варто також підкреслити, що редакція Арбітражного регламенту CI Arb 2015 року містить конкретні вимоги до змісту заяви про забезпечення позову,

а саме, сторона, що подає відповідне клопотання, повинна довести арбітражному складу, що:

- існує загроза спричинення шкоди, яку остаточне рішення в справі може не виправити, у випадку, якщо забезпечувальний захід не буде застосовано, що істотно перевищує шкоду, яку може зазнати сторона по відношенню до якої застосовується забезпечення позову, якщо такий захід буде застосовано;
- а також, що існує розумна вірогідність того, що сторона, яка подає запит, досягне успіху по суті позовної вимоги. Визначення такої вірогідності не торкається свободи розсуду арбітражу під час винесення ним будь-яких наступних приписів.

Аналіз законодавства Англії, що передбачає широкі повноваження арбітражного суду з питань забезпечення позову під час арбітражного розгляду, свідчить про прагнення до створення сприятливих умов для розвитку міжнародного комерційного арбітражу. Втім, стосовно вирішення ряду питань (вжиття забезпечувальних заходів щодо третіх осіб і *ex parte*, термінове звернення до виконання заходів забезпечення позову), юрисдикція арбітрів залишається дискусійною.

2.4.2. Проблеми забезпечення позову арбітражним складом за законодавством Італії, Німеччини та Швейцарії

Останнім часом у регламентах провідних міжнародних інституційних арбітражів і національних законодавствах спостерігається тенденція до наділення арбітрів повноваженнями щодо вжиття заходів забезпечення позову. Як виняток із загальної спрямованості, втім, деякі національні закони про арбітраж, зокрема, Італії, досі надають виключну юрисдикцію із забезпечення позову державним судам [43, с. 428-429].

У випадках, коли арбітражний склад не здатний забезпечити позов, або через відсутність визначених національним законодавством повноважень, або через те, що арбітраж вирішує не використовувати своє право застосувати забезпечувальний захід, відповідач може вивести активи за межі юрисдикції, знищити докази, іншим шляхом унеможливити розгляд спору. Такі дії можуть призвести до завдання невинуватої шкоди позивачеві, а невиконання функції захисту прав сторін арбітражної угоди нівелює переваги арбітражного розгляду [21, с. 594-595].

Особливості арбітражного розгляду в Італійській Республіці регламентовано нормами розділу VIII «Про арбітраж» ЄСІ. Останні суттєві зміни до відповідних положень ЄСІ було внесено законодавчим декретом Ради Міністрів Італійської Республіки від 2.02.2006 р. №40.

За законодавством Італійської Республіки арбітраж не має компетенції із забезпечення позову. Як зазначають В. Варано і А. Сімоні, італійська правова система відображає загальну культуру цивільного права, тому хоча формальна система здійснення правосуддя далеко не є ефективною, а в середньому звичайний цивільний процес може займати близько десяти років, звернення до менш формальних і швидких процедур вирішення спорів і досі викликає сумнів, навіть якщо єдиною метою такого звернення є зниження навантаження на державні суди [123, с. 49].

Д. Копарі підкреслює, що введення до статті 818 СРСІ явного застереження щодо того, що заборона вживати забезпечувальні заходи може бути подолана, якщо законом буде передбачене інше, свідчить про те, що по суті встановлене правило не засновується на непорушних принципах і залишає відкритим можливість для подальшого розвитку. На думку дослідника, ствердження відсутності у арбітражного складу відповідних імперативних (авторитарних) повноважень базується на обмежувальному підході до повноважень арбітражу, який передбачає що арбітражний склад не здатний надати відповідних гарантій відносно заходів, які суттєво впливають на інтереси сторін і мають бути вжиті в стислі строки. Аргументом проти такого підходу є те, що арбітрам надається право застосовувати набагато більш «гострі», авторитарні та визначальні заходи, які дозволяють здійснювати стягнення за виконавчим листом [124, с. 476].

Відповідно до положень статті 22 «Повноваження арбітражного суду» Арбітражного регламенту однієї з провідних арбітражних установ Італійської Республіки Арбітражної палати Мілану (далі – Регламент САМ), арбітражний суд може застосовувати всі запобіжні заходи, термінові і тимчасові, в тому числі попередні, які не заборонені нормами, застосовуваними до арбітражного розгляду [125].

С. Аццолі зауважує, що хоча можливість арбітражу застосовувати забезпечувальні заходи передбачена в Регламенті САМ, редакція, в якій викладено статтю 22 Регламенту САМ, відображає та підтверджує межі італійського арбітражного права (статті 818 СРСІ), з огляду на що арбітри фактично позбавлені повноваження застосовувати заходи забезпечення позову за винятком випадків, передбачених законом. Дослідник вважає, що таке обмеження свідчить про наявність прогалини у галузі національного корпоративного законодавства Італійської Республіки [126, с. 196].

Регламентом Арбітражної палати Торговельної палати Болоньї, що діє в редакції від 19.11.2013 року, передбачено, в частині першій статті 14, що у випадку, коли норми, які застосовуються до арбітражного провадження

надають арбітрам відповідні повноваження, до арбітражу може бути подано клопотання про вжиття забезпечувальних заходів. Арбітраж призначає слухання для обговорення клопотання [127]. У випадках надзвичайної терміновості арбітражний склад може застосовувати забезпечувальний захід без попереднього заслуховування сторін; утім протягом 10 днів має бути призначено слухання з метою залишення в силі, зміни або скасування заходу забезпечення позову; в іншому випадку, захід втрачає ефективність.

Варто наголосити, що за законодавством Італійської Республіки виділяються два види арбітражу – *arbitrato rituale* (арбітраж, що функціонує з урахуванням норм цивільного процесу, передбачених СРСІ, але, на відміну від державного судочинства, пропонує більш швидкі строки вирішення спору та залучення в якості арбітрів вузькоспеціалізованих фахівців із предмету спору) та *arbitrato irrituale* або *arbitrato libero* (неформальний арбітраж, винайдений з метою уникнення процедур, регламентованих СРСІ, що діє виключно на основі норм права, обраного сторонами в арбітражній угоді).

Виключно під час арбітражного розгляду в порядку *arbitrato rituale* (принаймні, відповідно до превалюючої правової доктрини) заінтересовані сторони мають можливість подавати клопотання (до державного суду, враховуючи заборону арбітрам вживати будь-які забезпечувальні заходи) та отримувати, до початку та під час арбітражного провадження, накладення секвестру та інші забезпечувальні заходи; в *arbitrato irrituale* державний суд, за умови отримання відповідного клопотання, повинен оголосити про недостатність юрисдикції або припинення розгляду клопотання [128, с. 5].

Засновуючись на положеннях частини другої статті 808-ter СРСІ, компетентний державний суд може відмінити будь-яке рішення *arbitrato irrituale*, у випадках, якщо, зокрема, арбітражна угода є недійсною, або арбітри під час ухвалення рішення вийшли за її межі, якщо арбітри були призначені з порушенням порядку, встановленого арбітражною угодою, якщо рішення було ухвалено тими особами, яких не може бути призначено в якості арбітрів у відповідності з нормами СРСІ (такими, що не мають

правоздатності), якщо арбітри не керувалися регламентом, погодженим сторонами, а також якщо в арбітражному провадженні було порушено дотримання принципу змагальності.

Італійські дослідники арбітражу припускають, що саме в розмежуванні *arbitrato rituale* і *arbitrato irrituale* прихована можливість подальшої законодавчої еволюції проблеми вжиття забезпечувальних заходів арбітрами. Беручи до уваги, з одного боку, положення статті 824-bis CPCІ, якою закріплено, що в *arbitrato rituale* рішення арбітражу має, з моменту його останнього підписання, таку саму силу, як і проголошене рішення державного суду, а з іншого боку, статті 808-ter CPCІ, що впорядковує окремі питання *arbitrato irrituale*, під час якого арбітри виходять з права, що застосовується до вирішення спору відповідно до умов арбітражної угоди, правознавці припускають, що зазначена відмінність може стати підґрунтям для перших кроків у напрямку надання повноваження з вжиття забезпечувальних заходів арбітрам у *arbitrato rituale*, якщо не виключного, то конкурентного (з державними судами) [124, с. 480].

За німецьким законодавством повноваження застосовувати забезпечувальні заходи надається арбітрам згідно з розділом 1041 ЦПК ФРН. Частина перша зазначеного розділу цитує статтю 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ у редакції 1985 року, тобто передбачає, що якщо сторони не домовилися про інше, арбітраж може, на прохання будь-якої сторони, вжити забезпечувальні заходи, які визнає необхідними по відношенню до предмету спору. Арбітражний склад може також вимагати від будь-якої сторони надати належне забезпечення у зв'язку із запобіжним заходом щодо іншої сторони, про який вона подання клопотання.

Арбітражний склад не обмежений забезпечувальними заходами, передбаченими розділами 916-945 ЦПК ФРН (арештом і тимчасовим розпорядженням), що впливає з частини другої розділу 1041 ЦПК ФРН, відповідно до якої державний суд, на прохання будь-якої зі сторін, може дозволити звернення до виконання припису арбітражу, виданого згідно з

положеннями частини першої розділу 1041, крім випадків, коли вже мало місце звернення до державного суду про вжиття такого самого заходу. В таких випадках суд може змінити розпорядження арбітражу, якщо це буде необхідне для звернення до виконання відповідного забезпечувального заходу.

Відповідно до частини першої розділу 1042 ЦПК ФРН сторонам арбітражного розгляду повинні бути надані рівні права, кожній стороні має бути надана повна можливість представити свої інтереси в справі. Таке положення можна інтерпретувати як неможливість вжиття забезпечувальних заходів *ex parte* під час провадження в арбітражі за німецьким законодавством. Утім, згідно з розділом 1063 ЦПК ФРН, суддя може надати дозвіл на примусове виконання забезпечувального заходу арбітражу без попереднього слухання сторони, щодо якої внесене відповідне клопотання. Таким чином, арбітражні забезпечувальні заходи *ex parte* можуть бути ефективно звернені до виконання.

Арбітражний склад, згідно з положеннями Арбітражного регламенту DIS (діє в редакції 1998 року), за загальноприйнятою формулою, може, за клопотанням будь-якої зі сторін арбітражної угоди видати розпорядження про вжиття забезпечувальних заходів по відношенню до предмету спору, які вважатиме необхідними. Оскільки йдеться про заходи, що торкаються виключно предмету спору, а не, наприклад, арбітражного розгляду, антипозовні забезпечувальні заходи автоматично виключені з переліку заходів забезпечення позову, які може вживати державний суд. Повноваження із забезпечення позову арбітражем за власною ініціативою також не передбачене Арбітражним регламентом DIS [129].

З 1 квітня 2008 року набув чинності Додатковий регламент прискореного провадження DIS (далі – Додатковий регламент). Оскільки стандартний Арбітражний регламент DIS не передбачає конкретних строків для проведення арбітражного розгляду, що, як зауважують науковці [92, с. 145], викликало критику в зв'язку з тривалістю провадження в DIS, було

запропоновано згідно з правилами спрощеної процедури арбітражу. Додатковий регламент не містить спеціальних положень щодо вжиття забезпечувальних заходів, проте, арбітри мають керуватися ним, згідно з пунктом 1.1 Додаткового регламенту, в тому випадку, якщо сторони домовилися про це в арбітражній угоді або до подання позову. Арбітраж, за Додатковим регламентом, проводить розгляд у такий спосіб, який він вважає належним, обов'язково враховуючи зацікавленість сторін арбітражу у прискоренні розгляду, висловлену в угоді між ними. Слід зазначити, що Додатковий регламент встановлює стислі терміни для проведення арбітражного розгляду (не довше шести місяців з моменту подачі позову при призначенні одноособового арбітра та дев'яти місяців - при призначенні арбітражного складу), відтак, можна припустити, що його вжиття надає більше можливостей для результативного та оперативного забезпечення позову в умовах терміновості.

У правовому полі Швейцарії склалася, в цілому, сприятлива ситуація відносно вжиття забезпечувальних заходів у процесу розгляду спорів міжнародним комерційним арбітражем. PILS, у чинній редакції, передбачає, що арбітраж, якщо сторони не домовились про інше, може, на прохання однієї зі сторін, розпорядитися про вжиття забезпечувальних заходів. Проте, стаття 183 PILS, *lex arbitri* для третейського судочинства з іноземним елементом, передбачає лише надання арбітрам повноваження застосовувати забезпечувальні заходи, але не визначає механізму його реалізації (принципів, підстав забезпечення позову, а також конкретних видів заходів, що можуть застосовуватися); стаття 26 Швейцарських правил репрезентує такий же підхід, що залишає повну свободу сторонам в питанні визначення та погодження стандартів і критеріїв вжиття арбітрами заходів забезпечення позову в арбітражній угоді. Певною мірою, швейцарський арбітраж може отримати ширшу компетенцію із забезпечення позовних вимог, ніж державний суддя, втім, відсутність чіткого порядку вжиття забезпечувальних заходів відображає недосконалість законодавства.

Арбітражний склад, за законодавством Швейцарії, повинен дотримуватися принципу рівності сторін, а також права обох сторін бути вислуханими у процесі – принципу змагальності (частина третя статті 182 PILS). Оскільки PILS встановлює, що арбітражний склад може вжити забезпечувальний захід лише за клопотанням однієї зі сторін, відтак, можна стверджувати, що вжиття заходів забезпечення позову арбітражем за власною ініціативою (*ex officio*) швейцарським законодавством не передбачається.

Стаття 183 PILS Швейцарії, в частині третій, передбачає, що арбітражний склад може вимагати від сторони, що вносить клопотання про забезпечення позову, відповідного поручительства. Ціль такого забезпечення – гарантування задоволення потенційних клопотань в майбутньому, якщо після повного та всебічного розгляду справи, забезпечувальний захід виявиться необґрунтованим.

Компетенція арбітражного складу застосовувати забезпечувальні заходи визначається не лише нормами PILS, але може прямо впливати з угоди між сторонами або регламенту, обраному сторонами арбітражної угоди для вирішення спору, що може виникнути між ними. Формулювання частини першої статті 183 PILS можна інтерпретувати таким чином, що сторони вільні визначити повноваження арбітражного складу із вжиття забезпечувальних заходів в угоді між ними. Щодо форми такої домовленості законодавством не встановлено конкретних вимог.

Під час арбітражних розглядів, що здійснюються при швейцарських торгово-промислових палатах, застосовуються Швейцарські правила. Варто наголосити на тому, що частина третя стаття 26 Швейцарських правил установлює, що, виключно за виняткових обставин, арбітражний склад може, на прохання про вжиття забезпечувальних заходів, винести рішення у вигляді попереднього розпорядження, перш ніж про клопотання буде повідомлено іншій стороні, за умови, що інша сторона буде повідомлена не пізніше, ніж разом з отриманням попереднього розпорядження, і що іншим сторонам

негайно після цього буде надана можливість бути вислуханими. Зазначене положення може інтерпретуватися як таке, що надає арбітражу повноваження із вжиття забезпечувальних заходів *ex parte*.

Швейцарські правила дозволяють стороні арбітражної угоди клопотати про призначення надзвичайного арбітра для термінового вжиття забезпечувальних заходів. Процедура призначення такого арбітра передбачена в статті 43 Швейцарських правил. Якщо сторони не домовилися про інше, сторона, що вимагає термінового забезпечення позовних вимог, до формування арбітражного складу, може подати до секретаріату клопотання про вжиття заходів забезпечення позову. В таких випадках, на додаток до відомостей, встановлених за загальною процедурою, заява повинна містити, зокрема, обґрунтування заявленої терміновості. Надзвичайний арбітр може здійснювати розгляд питання про вжиття забезпечувальних заходів на свій розсуд, в такий спосіб, який вважатиме належним, але зобов'язаний взяти до уваги його терміновий характер (рішення про забезпечення позову повинно бути ухвалене протягом 15 днів з дати отримання арбітром справи від секретаріату), а також забезпечити розумну можливість кожній стороні бути вислуханою.

Федеральний Верховний Суд Швейцарії (далі – Федеральний Суд) в своїх рішеннях представив значний збір норм прецедентного права (рішення Федерального Суду є обов'язковими для швейцарських судів) у сфері міжнародного комерційного арбітражу, зокрема, у пункті 2.3.2 рішення першої палати у цивільних справах Федерального Суду від 13 квітня 2010 року [164] забезпечувальні заходи пропонується визначати як заходи, щодо яких сторона може клопотати з метою захисту своїх прав, на тимчасовій основі, протягом всього розгляду справи по суті, а, в деяких випадках, навіть до порушення провадження. Суд зазначив, що незважаючи на існування значної кількості відмінностей і класифікацій, з огляду на характер правового інституту забезпечення позову, доктрина переважно поділяє забезпечувальні заходи на три категорії в залежності від їх призначення:

- охоронні заходи (франц. *mesures conservatoires*), спрямовані на підтримання предмету спору в поточному стані протягом всього арбітражного розгляду;
- регулятивні заходи (франц. *mesures de réglementation*), які регулюють правовідносини між сторонами протягом усього розгляду;
- проміжні попереджувальні заходи, спрямовані на забезпечення виконання рішення арбітражу по суті спору (франц. *mesures d'exécution anticipée provisoires*), що можуть стосуватися грошових виплат або інших зобов'язань здійснити певні дії або утриматися від здійснення певних дій.

Дослідники звертають увагу на те, що процедура вжиття забезпечувального заходу, у випадку звернення сторони до швейцарського арбітражу з відповідним клопотанням, повинна відповідати наступним умовам:

- *prima facie* юрисдикція арбітражного складу;
- презумпція ризику неминучих збитків, шкоди для сторони, що подає клопотання; така шкода має перевищувати шкоду, яку потенційно може завдати відповідачу вжиття забезпечувального заходу;
- врахування принципу пропорційності для того, з метою визначення, чи є неминуча шкода достатньо серйозною, щоб обумовити забезпечення позову;
- розумний шанс успіху заявника у справі по суті (*fumus boni iuris*);
- наданий арбітражем забезпечувальний захід має бути належним [99, с. 109].

Таким чином, реалізація диспозитивного способу вжиття забезпечувальних заходів в різних країнах Європейського Союзу системи континентального права має ряд спільних рис. Водночас, сила забезпечувальних заходів, які застосовуються судом і арбітражем, незважаючи на пошуки нових ефективних моделей взаємодії приватного та державного судочинства, залишається різною, з огляду на що, зокрема, Італійська Республіка відмовилася від надання арбітражу на законодавчому рівні повноваження з вжиття заходів забезпечення позову. Такий радикальний підхід правознавці інтерпретують як недосконалість у сфері

приватного права, але існує й інша точка зору, яка констатує об'єктивність положень італійського законодавства щодо виключної юрисдикції державного суду із вжиття забезпечувальних заходів.

2.4.3. Реалізація диспозитивного способу забезпечення позову в Білорусі, Росії та Казахстані

Серед переваг наділення повноваженнями щодо вжиття заходів по забезпеченню позову арбітражем дослідники традиційно називають більшу обізнаність арбітражного складу з матеріалами справи та, відповідно, більші можливості арбітражу щодо оцінки всіх істотних обставин справи, що впливають на швидкість прийняття рішення, що при забезпеченні позову може виявитися вирішальним для розгляду спору в цілому. Крім того, до числа переваг вжиття заходів щодо забезпечення позову арбітрами відносять конфіденційність процедури. Також, у той час, як рішення державних судів, як правило, є результатом тривалих судових процедур, що включають етапи оскарження, акти, прийняті третейським судом, не підлягають оскарженню і набирають чинності швидше [107, с. 469].

Законом РБ у чинній редакції визначено, що арбітраж, за клопотанням однієї зі сторін, може застосувати забезпечувальні заходи щодо предмету спору, які він вважає необхідними, відтак, арбітражному складу надається юрисдикція із забезпечення позовних вимог.

Коли спір розглядається МАС при БілТПП, і арбітражний склад уже сформовано (у складі одного або трьох арбітрів – згідно з положеннями статті 5 Регламенту МАС при БілТПП), склад арбітражного суду може, на прохання будь-якої сторони, винести ухвалу про вжиття забезпечувальних заходів щодо предмету спору, які він визнає необхідними (стаття 12 Регламенту МАС при БілТПП). Відповідно до частини першої статті 31 Регламенту МАС при БілТПП арбітраж не зв'язаний нормами процесуального законодавства Республіки Білорусь, відтак, сторони можуть домовитися в угоді про право, що буде застосовуватися до суті спору, зокрема, відносно забезпечення позову. Також, включення такого положення в текст регламенту автоматично розширює можливості арбітрів щодо вжиття

різноманітних видів запобіжних заходів під час арбітражного розгляду, а не лише заходів, передбачених статтею 116 ГПК РБ.

До формування арбітражного складу єдиною можливістю сторін отримати забезпечення позову залишається, за умови надання згоди Головою МАС при БілТПШ, звернення до білоруського державного суду з відповідним клопотанням.

Міжнародні арбітражні суди не входять до системи судової влади Республіки Білорусь і не мають функції владного примусу. Ухвалі арбітражу не вистачає імперативної сили, вона може бути виконана стороною лише в добровільному порядку. Норм, що регламентують процедуру звернення до виконання ухвал арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів немає ані в Законі Республіки Білорусь «Про міжнародний арбітражний (третейський) суд», ані в Господарському процесуальному кодексі Республіки Білорусь, відтак, порядок примусового звернення до виконання таких ухвал виводиться з принципу взаємодії міжнародного комерційного арбітражу та системи господарського судочинства [103, с. 199-200].

Паралельно з забезпечувальними заходами державних судів у Російській Федерації зберігається можливість використання диспозитивного способу забезпечення позовних вимог, що застосовується арбітражним складом. Згідно зі статтею 17 Закону РФ «Про МКА», якщо сторони не домовилися про інше, третейський суд (арбітраж) може, на прохання будь-якої сторони, розпорядитися про прийняття будь-якою стороною таких забезпечувальних заходів по відношенню до предмету спору, які він вважатиме необхідними. Третейський суд може вимагати від будь-якої сторони надати належне забезпечення у зв'язку з такими заходами. Положення зазначеної статті повністю відтворене в § 36 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації (далі - МКАС при ТПП РФ) від 18.10.2005 р. у чинній редакції від 8.11.2013 р. Також, згідно з Регламентом МКАС при ТПП РФ, забезпечувальні заходи надаються складом арбітражу у формі

проміжного рішення. У випадках, коли сторона звернулася до компетентного державного суду із заявою про вжиття заходів щодо забезпечення позову, який підлягає поданню або вже поданий до МКАС, а також коли судом винесено ухвалу про вжиття таких заходів, сторона повинна без зволікання інформувати про це МКАС [130].

Враховуючи, що забезпечувальні заходи зазвичай вимагають негайних дій, а процес призначення арбітрів займає досить тривалий строк (зокрема, до 15 днів відповідно до § 17 Регламенту МКАС при ТПП РФ), протягом якого предмет спору може бути, наприклад, відчужений, у разі якщо арбітражний склад, який повинен розглянути спір, ще не сформований, а сторона зацікавлена у вжитті забезпечувальних заходів за поданим до арбітражу позовом, звернення до державного суду щодо забезпечення позову видається доцільним.

Оцінка пропорційності забезпечувальних заходів заявленим позовним вимогам повинна здійснюватися арбітражним складом на свій розсуд, однак об'єктивним критерієм такої пропорційності є розмір позовних вимог – відповідно до положень частини другої статті 91 АПК РФ. Разом з тим, якщо вжиті заходи забезпечення будуть непропорційні заявленому позову, а арбітри задовольнять клопотання про їх вжиття, компетентний державний суд, який розглядатиме заяву про забезпечення позову, може не погодитися з проміжним рішенням арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів.

У юридичній літературі актуальним вважається питання, чи має голова МКАС повноваження застосовувати забезпечувальні заходи, передбачені російським процесуальним законодавством, або обмежений окремим переліком заходів. Якщо враховувати, що юрисдикція арбітражу обмежується переданими на його розгляд спорами приватноправового характеру, арбітражний склад не має юрисдикції з вирішення спорів, які виникають з публічних правовідносин, навіть якщо сторони угоди домовилися про інше. Це означає, що МКАС не вправі вживати забезпечувальні заходи, передбачені статтею 91 АПК РФ в повному обсязі.

Йдеться насамперед про заходи, що тягнуть за собою призупинення стягнення виконання по документу державного органу або призупинення реалізації майна у випадку подання позову про звільнення майна від арешту, оскільки втручання третейського суду в сферу публічно-правових відносин є неприпустимим. Проміжне рішення арбітражу може передбачати заходи по забезпеченню позову, зазначені в пунктах 1-4 частини першої статті 91 АПК РФ. Саме цими заходами може скористатися голова МКАС, якщо він вважатиме за необхідне задовольнити клопотання сторони про забезпечення позову [108].

Є. Суханов підкреслює, що, загалом, по відношенню до вжиття арбітрами примусових заходів забезпечувального характеру в Російській Федерації склалася проблемна ситуація. Очевидним залишається те, що вжиття таких заходів майже неможливе за відсутності втручання державних судів, однак, і повне виключення такої можливості для комерційного арбітражу, до якого схильні російські суди, є необґрунтованим і не відповідає сучасним світовим тенденціям розвитку законодавства про арбітраж [131, с. 664].

М.К. Сулейменов і А.Є. Дуйсейнова зазначають, що з прийняттям у 2004 році Закону Республіки Казахстан «Про міжнародний комерційний арбітраж» у державі розпочався етап відродження арбітражу. 5 лютого 2010 року був прийнятий Закон «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів Республіки Казахстан з питань імунітету держави та її власності, вдосконалення діяльності третейських судів та міжнародного комерційного арбітражу», цінність якого, на думку вчених, полягала, перш за все, у вирішенні на законодавчому рівні питання про імунітет держави та її власності [132, с. 151].

Л.П. Ануфрієва наголошує на тому, що імунітет держави є одним із інститутів міжнародного приватного права, що визначає правове положення держави у міжнародних правочинах і взагалі у приватноправових відносинах міжнародного характеру [133, с. 85]. У понятті державного імунітету

розмежують два аспекти: юрисдикційний імунітет як інститут процесуального права та імунітет власності держави як матеріально-правовий інститут. Юрисдикційний імунітет, як зауважує Ю.В. Черняк, передбачає наявність у держави комплексу імунітетів: судового імунітету (непідсудність однієї держави судам іншої держави), імунітету від попереднього забезпечення позову (неможливість застосувати без згоди держави будь-які примусові заходи щодо її майна з метою попереднього забезпечення пред'явленого їй позову) та імунітету від примусового виконання судового рішення (неможливість без згоди держави здійснити примусове виконання рішення, ухваленого щодо неї юрисдикційним органом іншої держави) [134, с. 345].

Однією з основних доктрин імунітету держави є теорія абсолютного імунітету. М.К. Сулейменов підкреслює, що в Республіці Казахстан, як і в інших країнах, що відносилися до радянського простору, довгий час панувала теорія абсолютного імунітету, відповідно до якої держава за жодних обставин не підвладна судам іншої держави без власної на те згоди [132, с. 152]. Відповідно до іншої теорії – функціонального (обмеженого) імунітету іноземна держава, її органи, а також їх власність мають імунітет лише тоді, коли держава здійснює суверенні функції; якщо держава здійснює дії комерційного характеру, вони не користуються імунітетом, тобто коли держава ставить себе в положення приватної особи, до неї можуть подаватися позови, а на її власність розповсюджуються примусові заходи [135, с. 213].

Іноземна держава користується імунітетом від забезпечення позову та імунітетом від примусового виконання судового акту, за винятком випадків, коли іноземна держава прямо висловила згоду на відмову від зазначених в статті 442 ЦПК РК видів юрисдикційного імунітету, або коли іноземна держава зарезервувала або іншим чином позначила майно на випадок задоволення вимоги, що є предметом розгляду в державному суді Республіки Казахстан, та якщо майно іноземної держави, що знаходиться на території

Республіки Казахстан, використовується і (або) призначене для використання іноземною державою в цілях інших, ніж здійснення суверенної влади держави (стаття 442 ЦПК РК). Якщо іноземна держава висловила в письмовій формі згоду на розгляд в арбітражі спорів з її участю, які виникли або можуть виникнути в майбутньому, вважається, що стосовно цих спорів вона добровільно погодилася на відмову від судового імунітету з питань, що стосуються виконання судом Республіки Казахстан функцій по відношенню до арбітражу (стаття 432 ЦПК РК).

Відтак, у чинному ЦПК РК відображена доктрина функціонального (обмеженого) імунітету для іноземних держав.

По відношенню до імунітету держави М.М. Богуславський пропонує звернути увагу на те, що практика укладання Російською Федерацією значних кредитних угод, довготривалих концесійних і інвестиційних угод іде шляхом включення в них арбітражних застережень без посилання на імунітет держави [135, с. 219].

М.К. Сулейменов і А.Є. Дуйсейнова вважають, що згода держави розглядати спір в іноземному арбітражі не означає відмови від судового імунітету. Судовий імунітет, на переконання дослідників, означає непідсудність спорів судам іноземної держави, а не арбітражу, який є недержавним приватним інститутом [132, с. 152].

Арбітражний регламент Казахстанського міжнародного арбітражу 2010 року діє в редакції від 28.10.2013 р. (далі – КМА). КМА розглядає спір на основі застосовуваних норм матеріального права, визначеного угодою сторін, а за відсутності такої угоди - керуючись правом, визначеним арбітрами згідно з колізійними нормами, які КМА вважає застосовуваними. Згідно зі статтею 35 Арбітражного регламенту КМА склад арбітражного суду може, на прохання будь-якої сторони, розпорядитися про вжиття таких забезпечувальних заходів по відношенню до предмету спору, які вважає необхідними. Заява про забезпечення позову, що розглядається КМА, подається стороною до компетентного суду за місцем арбітражу або за

місцем знаходження майна, щодо якого можуть бути прийняті забезпечувальні заходи [119]. Таким чином, автономне забезпечення позову арбітражним складом у Республіці Казахстан фактично унеможливлене та завжди потребує підтримки державного суду.

Аналіз законодавства і регламентів міжнародних арбітражних інститутів, що функціонують на території таких країн пострадянського простору, як Республіка Білорусь, Російська Федерація і Республіка Казахстан, свідчить про неготовність реалізовувати на практиці прагнення, що заявляється в теорії, відлучити арбітражний розгляд від судового контролю. Єдиною потенційно ефективною можливістю забезпечення позовних вимог для сторін арбітражного розгляду залишається звернення до державного суду.

Можна погодитися з твердженням А.С. Комарова щодо того, що етичні вимоги, які є визначальними в правовідносинах між суб'єктами комерційної діяльності, поки ще не сформовані в повній мірі в підприємницькій діяльності в Росії, зокрема, та на більшості пострадянської території, що, безперечно, впливає на підходи до приватного судочинства. Саме тому формування «культури арбітражу», як її визначає вчений, в підприємницькому та правовому середовищі має непересічне значення. Загальними елементами розвитку такої культури є визнання самостійного характеру арбітражного розгляду, врахування консенсуального характеру повноважень арбітрів, повага державного суду до автономії волі сторін при встановленні ними порядку розгляду спорів в арбітражній угоді, побудова процедури розгляду спорів в арбітражі на змагальності та диспозитивності процесу та повага учасників арбітражного провадження одне до одного та арбітрів [136, с. 24-25].

Висновки до розділу 2

1. У більшості випадків, арбітражні установи (арбітражі ad hoc) та державні суди, відповідно до правозастосовної практики та регламенту, що застосовується до розгляду згідно з угодою сторін, мають конкурентну юрисдикцію із вжиття забезпечувальних заходів. За законодавством країн як загальної, так і континентальної систем права, проаналізованим у межах дослідження, у випадках, коли склад арбітражу ще не сформовано, сторони угоди можуть звернутися до державного суду щодо забезпечення позову. Проте, як тільки арбітражний склад сформовано, порядок дій сторін буде різним у залежності від юрисдикції; наприклад, за деякими регламентами арбітражних установ, звернення сторін до державного суду після сформування арбітражу та початку арбітражного розгляду допускається лише за виключних обставин.

2. Відсутність примусової сили у рішення арбітражу про забезпечення позову суттєво зменшує вірогідність добровільного виконання такого рішення, в зв'язку з ним ряд держав заперечив у національному законодавстві повноваження арбітражу забезпечувальні заходи. Втім, найбільш поміркованим можна визнати підхід, відповідно до якого арбітри є первинним джерелом забезпечення позову під час арбітражного розгляду, але доступ сторін угоди до державних судів також не є забороненим.

3. Інституціональні арбітражі, що намагалися ефективно вирішити проблему забезпечення позову арбітражним складом, запровадили спеціальні процедури, зокрема, доарбітражний третейський розгляд, розгляд справи надзвичайним арбітром, а також спрощені (прискорені) процедури арбітражного розгляду. Сторони також можуть домовитися в арбітражній угоді про забезпечення позову шляхом звернення до відповідних спеціальних процедур. Доарбітражний третейський розгляд слід розглядати як особливий різновид арбітражної процедури, головною особливістю якого є попередній характер по відношенню до арбітражного розгляду спору по суті. Розгляд

справи надзвичайним арбітром, одноособово, передбачає звернення сторони арбітражної угоди до арбітражу з заявою про термінову допомогу до формування арбітражного складу та початку арбітражного розгляду. Терміновий арбітр призначається протягом одного дня з моменту надходження такої заяви. Необхідною умовою для призначення термінового арбітру є детальне обґрунтування стороною в заяві необхідності вжиття забезпечувального заходу в терміновому порядку. Процедура прискорення формування арбітражного складу (проведення арбітражного розгляду за спрощеною процедурою) передбачає регламентовану суму позову (що не перевищує певної грошової суми), або (та) погодження сторонами арбітражної угоди можливості розгляду справи за такою процедурою у письмовому вигляді. Терміни такої процедури можуть бути визначені для кожного окремого арбітражного розгляду складом арбітражу шляхом призначення дат завершення різних стадій розгляду.

4. Засновуючись на компаративному аналізі зарубіжного досвіду правового регулювання інституту забезпечення позову в міжнародному комерційному арбітражі, пропонується:

- впровадити в правове поле України інститут надзвичайного (термінового) арбітра, спираючись на моделі, запропоновані LCIA, Арбітражним інститутом Стокгольмської торговельної палати, або доарбітражного третейського судді за моделлю, розробленою Арбітражним судом Міжнародної торговельної палати. Для реалізації цього завдання пропонується визначити механізм призначення і функції надзвичайного арбітра на законодавчому рівні, передбачити процедуру призначення та повноваження такого арбітра у Регламенті МКАС при ТПП України, розробити Регламент доарбітражного третейського розгляду для МКАС при ТПП України;
- оскільки нагальною залишається потреба приведення законодавства України у відповідність з Типовим законом ЮНСІТРАЛ у чинній редакції, включити в текст Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»,

зокрема, норми щодо конкретних вимог до вжиття забезпечувальних заходів арбітражем (існування значної ймовірності того, що якщо зазначений захід не буде застосований, це може призвести до шкоди, яку присуджені збитки в достатній мірі не зможуть покрити, і що ця шкода суттєво перевищує ту, що може бути завдана стороні, проти якої направлений забезпечувальний захід, якщо його буде застосовано; того, що сторона, яка заявила клопотання про вжиття заходу, досягне успіху за результатами розгляду спору по суті);

- на законодавчому рівні передбачити можливість спрощеної (скороченої) процедури арбітражного провадження, визначити обставини, за яких спрощена процедура може застосовуватися арбітражним складом, розробити відповідний Регламент спрощеної процедури арбітражу для використання в практиці МКАС при ТПП України (або дозволити сторонам погоджувати вжиття спрощеної процедури розгляду в арбітражній угоді, спираючись, наприклад, на німецький досвід).

РОЗДІЛ 3. Правове регулювання вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі в Україні

3.1. Особливості механізму вжиття забезпечувальних заходів арбітражним складом

В Україні вжиття забезпечувальних заходів арбітражем передбачене, зокрема, статтями 9, 17 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», статтею 4 Регламенту МКАС при ТПП України, пунктом 5 Положення про МКАС при ТПП України.

Відсутність примусових повноважень із забезпечення позову у арбітрів як ключова проблема ефективності арбітражних забезпечувальних заходів неодноразово акцентувалася українськими правниками, зокрема, С.О. Кравцовим, М.М. Мальським, Ю.Д. Притикою, Г.А. Ціратом.

Дослідники виокремлюють перелік переваг, властивих забезпечувальним заходам, що застосовуються арбітражем, в порівнянні з забезпеченням позову в підтримку арбітражу державним судом [140]:

1. Компетенція арбітражу щодо вжиття забезпечувальних заходів впливає з поваги до арбітражної угоди - договору сторін про передачу спору на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу і, відповідно, про максимальне виключення можливості втручання державного суду. Сторони, укладаючи арбітражну угоду, можуть керуватися бажанням вирішувати конфлікти в нейтральному місці, без переваг за ознакою національної приналежності в разі розгляду справи державним судом, прагнути уникнути тих чи інших особливостей, які існують в національному законодавстві та судовій практиці конкретної держави.

2. Якщо арбітрам довірено вирішити спір про право по суті, відповідна довіра повинна бути надана їм і щодо попереднього захисту прав сторін арбітражної угоди.

3. Арбітри, як правило, детально знайомі з усіма обставинами справи, що розглядається і, отже, швидше можуть визначити, чи існує об'єктивна необхідність у вжитті конкретних забезпечувальних заходів або клопотання про забезпечення позову націлене лише на заподіяння незручностей іншій стороні, затягування процесу.

4. Арбітри найчастіше вільні у виборі видів і форм забезпечувальних заходів (на відміну від суддів, жорстко обмежених процесуальним законодавством) , відповідно, з більшою ймовірністю будуть здатні застосувати оптимальний у конкретному випадку забезпечувальний захід з урахуванням всіх обставин справи.

5. Під час вжиття забезпечувальних заходів в рамках арбітражної процедури вищими є гарантії режиму конфіденційності.

6. Вжиття забезпечувальних заходів арбітрами, вже знайомими з подробицями справи, як правило, вимагає менше часу, відповідно, й витрат, ніж звернення до державного суду. Не можна забувати і про те, що ухвала суду про вжиття забезпечувальних заходів не є безапеляційною, на відміну від рішення арбітражу (яке, втім, може бути змінене під час подальшого розгляду справи).

Г.А. Цірат зауважує, що відсутність ефективних правових механізмів вжиття забезпечувальних заходів щодо вимог, які знаходяться на розгляді в арбітражі, обов'язкових для сторін і таких, що супроводжуватимуться примусовим виконанням, часто нівелювала переваги арбітражу. Відсутність у арбітрів владних повноважень, з одного боку, на думку вченого, створює сприятливі умови для зловживань з боку недобросовісного боржника, а, з іншого, позбавляє позивачів і сам арбітраж можливості ефективного вжиття забезпечувальних заходів забезпечення позову та збереження доказів, а також забезпечення виконуваності майбутнього арбітражного рішення. Недоліки, властиві міжнародному комерційному арбітражу в сфері забезпечення позову, Г.А. Цірат пропонує виправити, встановивши

ефективну взаємодію між арбітражем, державними судами та органами виконавчого провадження [141, с. 200].

Дослідники підкреслюють, що через відсутність можливості безпосереднього звернення з арбітражною постановою про вжиття забезпечувальних заходів до органів примусового виконання рішень та передбаченої процесуальним законодавством співпраці національних судів з арбітражем реалізація заходів забезпечення позову на стадії розгляду справи в арбітражі неможлива [142; 141, с. 201].

У міжнародному комерційному арбітражі існують певні важелі впливу на сторони угоди, що може дещо знизити потребу у зверненні до державного судочинства. В арбітражній практиці найбільш поширеними є два основні види несприятливих наслідків недотримання рішень арбітражу. По-перше, арбітраж, який розглядає справу, буде схильний зробити несприятливий висновок з відмови сторони виконати рішення про забезпечення позову в добровільному порядку. Арбітри, безумовно, враховують поведінку сторін спору, сформовану думку про них, керуються при ухваленні остаточного рішення не лише матеріалами справи, але й особистим переконанням.

Зокрема, С.О. Кравцов зазначає, що змішана природа арбітражу обумовлює можливості використання різних способів спонукання сторін арбітражної угоди до добровільного виконання забезпечувальних заходів: цивільно-правових (шляхом включення до арбітражної угоди або арбітражних правил положення про виплату штрафної неустойки) та процесуальних (збільшення арбітражного збору, покладання арбітражних витрат на сторону, яка ухиляється від сплати) [65, с. 159].

Другим важелем впливу є можливість арбітражу покласти на недобросовісного відповідача обов'язок із відшкодування витрат (шкоди), що є результатом невиконання нею забезпечувального заходу.

Відсутність обмежень в можливості винесення державними судами забезпечувальних заходів щодо сторін арбітражного розгляду порушує принцип автономії волі сторін, які домовилися передати свій спір на розгляд

арбітражу. Утім, свідоме виключення сторонами можливості втручання державного суду в арбітражний розгляд, зафіксоване в тексті арбітражного застереження, також є ризикованим вибором.

До формування складу арбітражу, коли вжиття забезпечувальних заходів арбітражному ускладнено, суд виконує додаткову функцію по відношенню до арбітражу, забезпечуючи захист прав сторін на етапі, що передує арбітражному розгляду. Можна стверджувати, що надалі роль суду повинна бути виключно допоміжною і реалізовуватися тільки у випадках, коли арбітражу бракує відповідної компетенції або забезпечення захисту прав сторін без імперативного втручання аргументовано представляється неможливим (особливо, у випадках терміновості).

Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Регламент МКАС при ТПП України надають особі, яка звертається з позовом до МКАС при ТПП України, після прийняття справи до провадження та сплати в повному обсязі арбітражного збору, право подати заяву про вжиття забезпечувальних заходів Голові МКАС при ТПП України, а після формування арбітражного складу - арбітрам. Утім, порядок та строки розгляду заяв про вжиття забезпечувальних заходів не врегульовано; не визначені також види заходів забезпечення позову, що можуть застосовуватись арбітражним складом.

Відповідно до статті 4 Регламенту МКАС при ТПП України в редакції від 24.04.2014 року голова МКАС, а після формування складу арбітражного суду — склад арбітражного суду, на клопотання будь-якої із сторін, якщо вважатиме таке клопотання виправданим, може встановити розмір і форму забезпечення позову. Постанова МКАС про встановлення розміру і форми забезпечення позову є обов'язковою для сторін і діє до винесення кінцевого арбітражного рішення [137]. Втім, деталізованого механізму вжиття забезпечувальних заходів Регламент МКАС при ТПП України не пропонує.

3. Литвиненко наголошує, що МКАС при ТПП України, який не є державним судом, не має владних повноважень щодо накладення арешту на

грошові кошти та майно боржника. Тому в ряді випадків МКАС при ТПП України рекомендує заявнику з проханням про вжиття забезпечувальних заходів звертатися безпосередньо до державного суду, оскільки згідно зі статтею 9 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» таке звернення до або під час арбітражного розгляду не є несумісним з арбітражною угодою. Державний суд має право, але не зобов'язаний задовольнити таке клопотання. Постанова МКАС при ТПП України про вжиття забезпечувальних заходів є обов'язковою для сторін, що вступили у спір, діє до винесення арбітрами остаточного рішення в справі, але імперативної сили не має [138, с. 77].

Статтею 4 Регламенту Морської арбітражної комісії при ТПП України в редакції від 25.10.2012 року (далі – МАК) передбачається, що голова МАК, на прохання будь-якої сторони, якщо вважатиме це прохання виправданим, може встановити розмір і форму забезпечення позову та, зокрема, прийняти постанову про накладення арешту на судно або вантаж іншої сторони, що знаходиться в українському порту. Відповідна постанова МАК про встановлення розміру та форми забезпечення позову є обов'язковою для сторін і діє до винесення арбітражним складом остаточного рішення в справі [139].

Аналіз практики МКАС при ТПП України свідчить про наступне. МКАС при ТПП України виходить під час прийняття рішень про забезпечення позову з того, що, зокрема, накладення арешту на грошові кошти боржника віднесено законодавством України до компетенції державного суду, а МКАС при ТПП України як третейський суд не має відповідних повноважень. Арбітраж лише правомочний зобов'язати відповідача утриматися від дій, направлених на відчуження грошових коштів, що знаходяться на його рахунку, у межах заявлених позивачем позовних вимог, про що МКАС при ТПП України може прийняти постанову [157; 159; 160; 161; 162].

Видається доцільним внесення змін до тексту Регламенту МКАС при ТПП України з метою визначення послідовного механізму забезпечення позову під час арбітражного розгляду (відповідних змін потребує і Регламент МАК при ТПП України). Такий механізм повинен складатися з наступних елементів.

Насамперед, заява сторони про вжиття забезпечувального заходу, що подається до арбітражу, повинна мати чітко регламентований зміст. Наприклад, Арбітражний регламент ICSID встановлює, в частині першій статті 39, що у відповідному запиті до арбітражу повинні бути зазначені права, що мають бути збережені, заходи, щодо яких звертається сторона, та обставини, які вимагають вжиття таких заходів. Правила українських арбітражних інституцій такої деталізації змісту заяви про вжиття забезпечувальних заходів, що подається до арбітражу, не передбачають. Виходячи з цього, відповідні положення Регламенту МКАС при ТПП України необхідно доповнити нормами щодо змісту заяви сторони про забезпечення позову.

Статтю 4 Регламенту МКАС при ТПП України пропонується викласти в такій редакції:

«1. Заява про вжиття забезпечувальних заходів, що подається до арбітражу, повинна містити:

- зазначення законних прав, що можуть бути порушені;
- зазначення та обґрунтування конкретних заходів, щодо вжиття яких сторона подає заяву до арбітражу;
- виклад фактичних обставин, які вимагають вжиття таких заходів.

5. Голова МКАС, а після сформування складу Арбітражного суду - склад Арбітражного суду, за заявою будь-якої сторони, після забезпечення всім іншим сторонам розумної можливості надати відповідь на таку заяву, та якщо визнає таке прохання обґрунтованим за даних обставин, може:

- а) зобов'язати будь-яку сторону-відповідача за позовом або зустрічним позовом надати забезпечення всієї або частини суми спору, шляхом внесення

коштів на депозитний рахунок, надання банківської гарантії, або на будь-яких інших умовах, які Арбітражний склад вважатиме обґрунтованими за даних обставин;

б) розпорядитися про забезпечення збереження, зберігання, реалізацію (продаж) або інше розпорядження будь-якими документами, товарами, зразками, власністю, ділянкою або річчю, що знаходиться у розпорядженні будь-якої зі сторін і має безпосереднє відношення до предмету арбітражного розгляду;

в) розпорядитися, на тимчасовій основі, про будь-який захід (з урахуванням висновку з цього питання у остаточному арбітражному рішенні), який Арбітражний склад має право вжити у арбітражному рішенні, в тому числі, здійснення грошових платежів або розподілу майна між сторонами.

Арбітражний склад може вимагати від сторони, що звернулася із заявою про забезпечення позову надання зустрічного забезпечення на таких умовах, які Арбітражний склад вважатиме доцільними, з метою відшкодування будь-яких збитків, яких може зазнати відповідач під час виконання постанови Арбітражного складу про забезпечення позову. Розмір суми, що підлягає сплаті за зустрічним забезпеченням, та інші заходи правового захисту відповідача можуть бути встановлені Арбітражним складом в одній або декількох постановках.

3. Постанова МКАС про встановлення розміру та форми забезпечення позову є обов'язковою для сторін і діє до винесення остаточного арбітражного рішення.

4. Звернення сторони до державного суду до або під час арбітражного розгляду з проханням про вжиття заходів щодо забезпечення позову та винесення судом ухвали про вжиття таких заходів не є несумісними з арбітражною угодою».

3.2. Правове регулювання вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі державним судом

Незважаючи на наявність несприятливих наслідків недотримання рішення арбітражу про забезпечення позову, такі рішення не завжди виконуються сторонами арбітражного розгляду в добровільному порядку. У таких випадках звернення до виконання забезпечувальних заходів арбітражу за допомогою державного примусу є необхідною умовою ефективного захисту прав сторін арбітражної угоди.

Варто погодитися з висловлюваним, зокрема, й у вітчизняних правових дослідженнях, твердженням про те, що процес забезпечення позову та проблеми із його вжиттям безпосередньо залежать від установи, уповноваженої на вжиття забезпечувальних заходів [зокрема, див. 52, с. 141, 146; 142; 65, с. 159; 141, с. 200].

Законодавство України не забороняє сторонам арбітражного розгляду подавати заяву з клопотанням про вжиття забезпечувальних заходів до державного суду. Відповідна заява може подаватися як до, так і під час арбітражного розгляду, що, зокрема, передбачено статтею 9 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та статтею 4 Регламенту МКАС.

Відповідно до статті 1 ЦПК завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Згідно зі статтею 3 ЦПК кожна особа має право в порядку, встановленому ЦПК, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів [143].

Зазначені положення цивільного процесуального законодавства реалізують принцип доступності правосуддя. Здійснення судового захисту передбачає розгляд справи по суті, оскільки лише в судовому рішенні буде надана юридична кваліфікація спірного правовідношення сторін,

підтверджений правовий стан його суб'єктів, розподілені обов'язки, порядок і строки їх виконання. У такому єдиному розумінні у процесі юридичний інтерес як інтерес в отриманні судового захисту є основою цивільного процесу в цілому, діяльності суду та осіб, що беруть участь у розгляді справи. Юридичний інтерес у цивільному процесі характеризується трьома факторами: існуванням суб'єктивного права, про захист якого просить позивач, належністю суб'єктивного права позивачеві, порушенням відповідного суб'єктивного права або існуванням загрози такого порушення. Відтак, будь-який правовий інтерес, у тому числі, юридичний інтерес у цивільному процесі як його різновид, полягає у здійсненні права, його реалізації, відповідно, логічним є твердження про те, що суб'єктивне право, про захист його заявляє позивач має існувати. Інтерес позивача, як наголошує дослідник, може міститися лише в захисті суб'єктивного права, оскільки, якщо право йому не належить, судові рішення у справі не має для нього жодних правових наслідків [144, с. 3].

Забезпечення позову в державному суді – це вжиття судом передбачених законом заходів, що гарантують можливість реального виконання майбутнього рішення [16, с. 182]. Забезпечення позову не пов'язане безпосередньо з жодною зі стадій цивільного процесу, оскільки будь-яка з них має визначену мету, що прямо не співпадає з метою майбутнього судового рішення. Проте забезпечення позову має відношення до всіх стадій судового процесу, оскільки результатом судового розгляду є відновлення порушеного права. За своєю сутністю забезпечення позову є гарантією захисту інтересів позивача, тобто має на меті досягнення тих самих завдань, що і судочинство, є передумовою виконавчих дій [145, с. 14].

Здійснюючи розгляд питання про забезпечення позову, суд повинен враховувати наявність даних, що обумовлюють позовні вимоги, та виходити з того, що заходи з забезпечення позову мають застосовуватися з урахуванням конкретних обставин справи та у тих випадках, коли в цьому дійсно є потреба [16, с. 183]. Як і будь-яке явище заходи забезпечення позову

можна розглядати з позицій як позивача, так і відповідача, інтереси яких є часто діаметрально протилежними [75, с. 52].

Частиною другою статті 6 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачено, що органами для виконання визначених законодавством функцій сприяння арбітражу є районні, районні у містах, міські та міськрайонні суди за місцезнаходженням арбітражу.

Частиною першою статті 394 ЦПК передбачено, що суд, за заявою особи, яка подає клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, може вжити передбачені ЦПК заходи забезпечення позову. Забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду такого клопотання, якщо невжиття заходів забезпечення позову може ускладнити чи унеможливити виконання рішення суду.

Судова практика України свідчить про наявність різних підходів до вирішення питання сприяння арбітражу в забезпеченні позову.

Відмова у прийнятті відповідних заяв до розгляду та повернення заявнику, переважно, з мотивів непідсудності. Можна навести приклад, коли, зокрема, клопотання сторони арбітражного розгляду про надання дозволу на примусове виконання постанови голови МКАС при ТПП України про прийняття забезпечувальних заходів подавалося до господарського суду з порушенням підвідомчості та суд відмовляв у прийнятті заяви до розгляду [151]. До Господарського суду Донецької області у 2008 році надійшла заява про вжиття заходів забезпечення позову у формі накладення арешту на грошові кошти у справі, порушеній МКАС при ТПП України. За результатами розгляду заяви Господарський суд визнав заяву такою, що не є процесуальною в розумінні норм ГПК України та відмовив у розгляді, посилаючись на статті 66-67 ГПК України, норми яких дозволяють господарському суду вживати заходи забезпечення позову лише у справі, якщо невжиття таких заходів може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення відповідного господарського суду [152]. Печерський районний суд міста Києва у 2008 році також відмовив у прийнятті заяви про

забезпечення позову в підтримку арбітражного розгляду в Міжнародному арбітражному суді при Міжнародній торговій палаті Австрії щодо відповідача – власника підприємства, зареєстрованого в Печерському районі міста Києва, оскільки із змісту заяви та доданих до неї матеріалів суд дійшов висновку про те, що позов має вирішуватися в порядку господарського судочинства, та заява не підлягає розгляду в судах у порядку цивільного судочинства [153].

Задоволення заяви про вжиття заходів забезпечення позову та вжиття забезпечувальних заходів шляхом накладення арешту на майно та заборони його відчуження в межах заявлених позовних вимог. 17 травня 2012 року Іллічівський міський суд Одеської області виніс ухвалу про вжиття забезпечувальних заходів (накладення арешту на майно боржника) в підтримку арбітражних рішень апеляційної інстанції арбітражного органу при ФОСФА [154]. У червні 2015 року Господарський суд Дніпропетровської області розглянув відповідну заяву про забезпечення позову, якою позивач (компанія з місцем реєстрації у Відні, Австрія) просив вжити забезпечувальні заходи шляхом накладення арешту на майно відповідача (компанії з місцем реєстрації у Мальмо, Швеція). Позовні вимоги були обґрунтовані невиконанням з боку відповідача зобов'язань, передбачених договором між сторонами, яким також установлювалося, що будь-які суперечки, розбіжності або претензії будуть вирішуватися шляхом арбітражу відповідно до Регламенту LCIA. Посилаючись на положення статті 9 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», статті 66-67 ГПК України та пункт 3 Постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вжиття заходів до забезпечення позову» від 26.12.2011 р. №6, матеріали фінансової звітності відповідача (наявність значних непогашених зобов'язань у юридичних осіб, учасником та акціонером яких є відповідач), суд задовольнив заяву та ухвалив вжити заходи забезпечення позову [155].

Учені підкреслюють, що право сторони арбітражного процесу звертатись на підставі статті 9 Закону України «Про міжнародний

комерційний арбітраж» з заявою про забезпечення позову в підтримку арбітражного розгляду до державного суду не створює обов'язку для такого суду, який лише під свою відповідальність може розглянути таку заяву та винести відповідну ухвалу про її задоволення. До того ж Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» регламентує діяльність саме міжнародних арбітражів в Україні і не містить жодних імперативних норм, зобов'язуючих державні суди долучатись до вирішення питань, що виникають під час арбітражного процесу та здійснення його окремих процесуальних дій [146].

Українські дослідники наголошують на тому, що євроінтеграційна спрямованість України обумовлює необхідність подальшого реформування та вдосконалення вітчизняних правових інститутів, таких, зокрема, як забезпечення позову у цивільному процесі України з обов'язковим урахуванням досвіду Європейського Союзу [171, с. 10].

У Верховній Раді України відбувалися спроби підвищити привабливість міжнародного комерційного арбітражу як альтернативного способу вирішення спорів шляхом приведення українського законодавства у відповідність до міжнародних стандартів. Зокрема, 7 жовтня 2013 року був зареєстрований законопроект №3366 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів (щодо вжиття заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного арбітражу)», що деталізує компетенцію судів відносно розгляду цивільних справ у сфері вжиття забезпечувальних заходів, підстави та процедуру забезпечення позову, зміни та скасування заходів забезпечення позову, метою яких є сприяння арбітражу, компетентними судами. Втім, зазначений проект Закону України не було розглянуто навіть у першому читанні.

Запропоновані доповнення до ЦПК України були спрямовані на вдосконалення цивільного процесуального законодавства України та приведення його у відповідність до міжнародного в питанні юрисдикції державних судів виносити рішення на підтримку арбітражного розгляду з

метою подальшого ефективного виконання остаточних рішень арбітражу у справі.

Варто зазначити, що в світовій практиці під час звернення до виконання забезпечувальних заходів, застосовуваних арбітражем, державними судами існує декілька підходів.

Наприклад, Закон про арбітраж і медіацію Еквадору 1997 року (далі – Закон Еквадору) не містить специфічного механізму визнання та виконання рішень іноземних арбітражів, але пропонує відносно них такий самий режим виконання, як і щодо внутрішніх судових рішень, прийнятих в останній інстанції. Стаття 42 Закону Еквадору передбачає, що рішення, прийняті під час розгляду в міжнародному арбітражі мають ті самі наслідки та набувають чинності таким самим чином, як і рішення, прийняті під час розгляду в національних третейських судах Еквадору. Відповідно до статті 32 Закону Еквадору що процедура звернення до виконання рішень арбітражу буде такою самою, як процедура звернення до виконання остаточного судового рішення, ухваленого державним судом Еквадору, тобто правовий статус рішень арбітражу прирівнюється до правового статусу рішень державного суду. Закон Еквадору встановлює обов'язок судді визнати та звернути до виконання іноземне рішення в судовому порядку, без можливості вжиття будь-якої іншої процедури. Дійсно, такий підхід значно прискорює процедуру звернення до виконання рішення арбітражу державним судом порівняно з міжнародними конвенціями, учасником яких є Еквадор, як зауважують учені [147, с. 61]. Еквадор є учасником Нью-Йоркської конвенції 1958 року, статтею V якої закріплено ряд випадків, коли у визнанні і зверненні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони, проти якої воно спрямоване, а також можливість відмови у визнанні і зверненні до виконання арбітражного рішення, зокрема, якщо воно суперечить публічному порядку держави, компетентна влада якої приймає відповідне рішення. Дотримання гарантій, передбачених Нью-Йоркською конвенцією, під час реалізації положень Закону Еквадору

видається дискусійним, перспектива запозичення та впровадження такого досвіду – необґрунтованою.

Варто зауважити, що в українській науковій рефлексії також відображена вельми спірна думка про те, що постанова про забезпечення позову, винесена арбітражним складом, може бути виконана так само як і будь-яке судове рішення, винесене по суті справи. Зокрема, таку позицію М. Мальський і А. Богуцький обґрунтовують, посилаючись на частину другу статті 1 Нью-Йоркської 1958 року, якою передбачено, що термін «арбітражні рішення» включає не тільки арбітражні рішення, винесені арбітрами, призначеними у кожній окремій справі, але також і арбітражні рішення, винесені постійними арбітражними органами, до яких сторони звернулися, а також на частину п'яту пункту 9 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 р. № 12, згідно з положеннями якої під рішеннями розуміються владні постанови суду або арбітражу, якими визначаються певні обов'язкові для сторін права й обов'язки [142].

Інший підхід, реалізований, зокрема, в законодавстві Англії та Швейцарії, передбачає, що забезпечувальні заходи арбітражу звертаються до виконання за допомогою державних судів, які здійснюють лише функцію контролю і не мають повноваження переглядати рішення арбітражу про вжиття заходу забезпечення позову по суті. Такий підхід видається найбільш виправданим, оскільки, з одного боку, державний суд сприяє ефективному та результативному зверненню до виконання забезпечувальних заходів, які застосовуються арбітражем, що самі по собі не мають імперативної сили, але, водночас, здійснює державний контроль за дотриманням прав учасників арбітражного розгляду.

Відповідно до підходу, відтвореному в статті 1041 ЦПК ФРН, державний суд, за клопотанням сторони арбітражного розгляду, може дозволити звернення до виконання рішення арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів. При цьому суд має право переформулювати арбітражне рішення, змінити його або доповнити, якщо це, на переконання

суду, є необхідним для звернення до виконання забезпечувального заходу. Такий підхід фактично утілює можливість широкого втручання державного суду в діяльність арбітражу, з огляду на що видається недосконалим.

Державний суд також може ухвалювати окреме рішення про вжиття забезпечувальних заходів на підтримку арбітражу на основі рішення про такі заходи, прийнятого попередньо арбітражним складом.

Зокрема, відповідно до пункту 682.081 Арбітражного кодексу Штату Флорида сторона може звернутися до суду з метою затвердження або скасування забезпечувального заходу, вже застосованого арбітрами [148]. Державний суд затверджує відповідний захід, якщо він відповідає правовим стандартам щодо справедливого забезпечення позову; в іншому випадку, державний суд скасовує забезпечувальний захід арбітражу.

Аналіз зарубіжного досвіду правового регулювання взаємодії між арбітражем і державним судом у сфері вжиття забезпечувальних заходів дозволяє зробити висновок про те, що найбільш ефективною є модель, за якої державному суду надається, переважно, функція контролю. Видається доцільним спрямування удосконалення українського законодавства саме на розвиток подальшого збалансування механізму сприяння державного судочинства арбітражному розгляду, в межах якого рішення про забезпечення позову в підтримку арбітражу має прийматися судом лише у випадках, коли існує обґрунтована заявником ймовірність того, що невжиття відповідного забезпечувального заходу може утруднити або унеможливити виконання майбутнього остаточного арбітражного рішення.

3.3. Перспективи забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі в Україні

Незважаючи на ряд переваг міжнародного комерційного арбітражу в порівнянні з державним судочинством, відсутність у процесуальних актів арбітрів імперативної сили унеможливорює виконання постанови арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів у примусовому порядку та на практиці зумовлює фактично неминучу необхідність звернення до державного суду для виконання ним функції сприяння арбітражу, що залишається головною проблемою ефективності забезпечення позову під час та до проведення арбітражного розгляду. У світовій практиці швидке та результативне забезпечення позову арбітражем можливе, з одного боку, завдяки високому рівню ділової культури сторін арбітражної угоди, а, з іншого боку, завдяки постійному вдосконаленню механізмів взаємодії арбітражу з відповідним державним судом, регламентованих на законодавчому рівні.

Варто наголосити на тому, що не тільки правова культура та ділові якості сторін, але й неупередженість арбітрів можуть бути визначальними факторами під час прийняття та виконання рішення арбітражу про забезпечення позову. Тому під час призначення арбітражного складу деякі арбітражні установи, наприклад, LCIA, здійснюють процедуру перевірки наявності конфлікту інтересів з метою встановлення можливої упередженості арбітрів до однієї зі сторін або до предмету спору. Зокрема, згідно з пунктами 5.3-5.4 Арбітражного регламенту LCIA, всі арбітри повинні бути та залишатися протягом всього часу арбітражного розгляду неупередженими і незалежними від сторін; жоден з них не буде виступати в арбітражі в якості адвоката або представника будь-якої зі сторін. Жоден арбітр не може давати поради стороні по суті спору. До призначення LCIA, кожен кандидат повинен підписати письмову заяву із зазначенням, чи існують будь-які обставини, відомі на даний час кандидату, які, ймовірно, можуть спровокувати виникнення в однієї зі сторін спору будь-яких обґрунтованих

сумнівів стосовно його неупередженості або незалежності, та, в цьому випадку, вказати такі обставини; а також, чи буде кандидат готовий, має бажання та здатність присвятити достатньо часу, уваги, зусиль, щоб забезпечити оперативне та ефективне проведення арбітражного розгляду.

На думку П. Бернарда, дискусійним залишається питання про те, як встановити різницю між соціальними та діловими зв'язками та конфліктом інтересів, який може бути підставою для дискваліфікації арбітра. Дослідник, зокрема, пропонує виходити з природи попередніх відносин арбітра та, відповідно, значення, якого вони набувають у зв'язку з участю арбітра у вирішенні конкретної справи. Будь-яка вірогідність оспорювання рішення арбітражу в подальшому з мотивів пристрасності має бути виключена. Проте, варто також враховувати, що арбітр, який має достатній досвід у міжнародних комерційних справах, безсумнівно, за період розвитку кар'єри набув значної кількості професійних і соціальних контактів [167, с. 22].

Відкритими залишаються питання про межі поширення заборони щодо конфлікту інтересів (зв'язок лише зі сторонами арбітражної угоди, їхніми представниками та свідками, або більш широким колом осіб), а також про критерії визначення таких осіб, зв'язок із якими може бути підставою для усунення арбітра від вирішення справи через наявність конфлікту інтересів.

У 2006 році до положень Типового закону ЮНСІТРАЛ було внесено низку змін щодо вжиття арбітрами забезпечувальних заходів, якими, зокрема, встановлюється механізм реалізації забезпечувальних заходів, застосованих арбітражним складом, за допомогою державних судів. Зокрема, відповідно до статті 17Н Типового закону ЮНСІТРАЛ забезпечувальні заходи, застосовані арбітражем, визнаються обов'язковими та, якщо інше не передбачено арбітражем, звертаються до виконання шляхом звернення до компетентного державного суду. Проте, вищевикладені зміни й досі не імplementовані в національне законодавство України.

Українські дослідники одностайно наголошують на тому, що чинне законодавство про міжнародний комерційний арбітраж потребує істотних

змін, що мають ґрунтуватися на принципах оновленого Типового закону ЮНСІТРАЛ [див., напр., 52, с. 147; 141, с. 202-203; 65, с. 163], зокрема, на необхідності нормативного закріплення положення про те, що забезпечувальний захід, винесений арбітражним судом, визнається обов'язковим та звертається до виконання державним судом України незалежно від того, в якій країні такий забезпечувальний захід було застосовано [149].

Б. Нищій зазначає, що в міжнародній арбітражній практиці існують різні думки щодо можливості приведення у виконання процесуальних актів про забезпечення позову прийнятих іноземними арбітражними судами у відповідності до положень Нью-Йоркської конвенції 1958 року. Як зауважує дослідник, переважає точка зору, що зазначені акти не є остаточними арбітражними рішеннями у розумінні Нью-Йоркської конвенції, вони мають проміжну функцію і тому не можуть бути приведені до виконання згідно з положеннями Нью-Йоркської конвенції 1958 року. Б. Нищій наголошує на тому, що в українській судовій практиці немає випадків, коли процесуальні акти іноземних арбітражних судів про забезпечення позову були звернені до виконання на території України відповідно до положень Нью-Йоркської конвенції 1958 року, членом якої є Україна [149].

Як зазначає Т. Видоборець, практика МКАС при ТПП України свідчить про те, що арбітри МКАС швидко та легко задовольняють заяви про забезпечення позову та виносить постанови про забезпечення у справах, що вже знаходяться в провадженні. Єдиною підставою для затримки, яку, на думку дослідника, слід враховувати при зверненні до МКАС при ТПП України з відповідним клопотанням, є сплата в повному обсязі арбітражного збору, що сплачується в два етапи: реєстраційний збір - під час подання позову, друга частина збору - після прийняття МКАС справи до провадження. До моменту надходження та зарахування коштів в сумі зазначеного збору на рахунок ТПП України будь-які заяви, в тому числі і про забезпечення позову, МКАС не розглядає [150].

Г.А. Цірат констатує, що стан українського законодавства в питанні забезпечення позову в підтримку арбітражу не відповідає сучасним реаліям і вимогам. На думку дослідника виправити ситуацію можливо шляхом внесення змін і доповнень в процесуальні кодекси України, закріпивши право сторін арбітражного розгляду, незалежно від місця знаходження арбітражу звертатися в державні суди України з заявами про вжиття забезпечувальних заходів, а також наділивши державні суди правом ухвалювати відповідні рішення у відповідності до статті 17J чинної редакції Типового закону ЮНСІТРАЛ, згідно з якою державний суд має такі самі повноваження застосовувати забезпечувальні заходи у зв'язку з арбітражним розглядом, незалежно від того, чи знаходиться місце розгляду в іншій державі, як і повноваження, які він має у зв'язку з судочинством [141, с. 201].

Робоча група Української Арбітражної Асоціації здійснила розробку проекту змін до законодавчих актів України щодо судової підтримки арбітражного розгляду (далі – Проект змін УАА) [156] з метою вдосконалення правового регулювання, зокрема, порядку вжиття та видів забезпечувальних заходів, що застосовуються державними судами в межах сприяння арбітражному розгляду.

Проектом змін УАА запропоновано ряд важливих новел, що можуть стати основою результативних змін законодавства України про міжнародний комерційний арбітраж; деякі висловлені пропозиції, втім, можуть бути предметом для дискусії. Виконання функцій судового сприяння міжнародному арбітражу пропонується покласти на Апеляційний суд міста Києва, який розглядатиме такі позови за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції, та Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ). Розробники обумовлюють свій вибір юрисдикцій тим, що визначення тільки одного апеляційного суду для розгляду відповідних питань дозволяє покращити якість судової практики, сконцентрувати досвід вирішення специфічних питань у сфері міжнародного арбітражу в одному суді, рішення

якого, в свою чергу, могли б бути оскаржені лише до ВССУ, скоротити часові межі судових проваджень.

Можна припустити, що такий підхід членів Робочої групи УАА обґрунтований, певною мірою, усталеною традицією законодавства окремих європейських країни (наприклад, ФРН), відповідно до якої компетентним судом з розгляду питання забезпечення позову в підтримку арбітражу є вищий суд, у сфері територіальної юрисдикції якого позивач або відповідач має місце постійного проживання, або де зареєстроване його підприємство. Варіацією такого підходу може бути визначення в якості компетентного суду за місцем знаходження арбітражу, яке, вочевидь, взяли за основу розробники Проекту змін УАА. Проте, менш дискусійним видається закріплення на законодавчому рівні механізму, згідно з яким заява про забезпечення позову в підтримку арбітражного розгляду має подаватися до загального суду першої інстанції за місцем арбітражу.

Проект змін УАА також, згідно зі світовою практикою, гарантує сторонам арбітражної угоди судове сприяння у питаннях міжнародного арбітражу незалежно від того, чи знаходиться місце арбітражу в Україні чи за кордоном. Проект змін УАА передбачає можливість звернення за отриманням заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного арбітражу після ініціювання арбітражного провадження, що розробники обумовлюють логікою чинного процесуального законодавства України. Втім, такий підхід повністю нівелює можливість підтримки арбітражу на стадії до початку арбітражного розгляду, тому видається неефективним.

Проект змін УАА передбачає розгляд заяви про забезпечення позову з повідомленням особи, проти якої запитуються заходи забезпечення позову. Водночас, у разі обґрунтованої вимоги заявника, якщо існує термінова необхідність у вжитті таких заходів та/або якщо повідомлення особи, проти якої запитуються вжиття заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу, іншим чином позбавить заходи забезпечення їх мети, заява про вжиття заходів забезпечення позову на

підтримку міжнародного комерційного арбітражу може розглядатися без повідомлення відповідача.

У Проекті змін УАА знайшло своє відображення положення, втілене в законодавстві європейських держав, суб'єктів Сполучених Штатів Америки, про те, що особа, проти якої вжито заходи забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу, у разі їх скасування, має право на відшкодування збитків, завданих вжиттям таких заходів, крім випадків, коли сторони уклали мирову угоду. Зазначене відшкодування здійснюється, згідно з нормами, запропонованими в Проекті змін УАА, в судовому порядку.

Також слід наголосити на тому, що чинна редакція Закону України «Про виконавче провадження» передбачає, що примусове виконання рішень здійснюється державною виконавчою службою на підставі переліку виконавчих документів, визначених у статті 17 Закону України «Про виконавче провадження», що є вичерпним. Згідно з положеннями відповідної статті до таких документів, зокрема, відносяться виконавчі листи, що видаються судами, і накази господарських судів, у тому числі, на підставі рішень третейського суду та рішень МКАС при ТПП України і МАК при ТПП України. Варто зауважити, що постанови МКАС при ТПП України і МАК при ТПП України, а також інших третейських судів не є виконавчими документами за чинним законодавством України, відтак, можна констатувати, що невиконання стороною арбітражної угоди припису арбітражу про забезпечення позову не має для неї правових наслідків.

Враховуючи недосконалість українського законодавства про міжнародний комерційний арбітраж у частині забезпечення позову, цивільного процесуального законодавства – що стосується забезпечення позову судом на підтримку арбітражного розгляду, наявність ряду практичних проблем, пов'язаних із ефективністю вжиття забезпечувальних заходів арбітражем, пропонується наступна конструкція взаємодії державного суду та арбітражного складу, що відповідає правовому досвіду держав Європейського Союзу (відображена у проектах Законів України,

розроблених у межах дисертаційного дослідження [Додаток № 1; Додаток №2]).

Насамперед, обов'язковою умовою для вжиття забезпечувальних заходів арбітражним складом, регламентованою на законодавчому рівні, має бути обґрунтування, надане стороною, що звертається до арбітражу з відповідною заявою, того, що, по-перше, існує ризик неминучих збитків для сторони, що звертається до арбітражу, та такі збитки перевищують шкоду, яку може завдати іншій стороні вжиття забезпечувального заходу, а також, що існує розумна ймовірність того, що заявник досягне успіху за результатами розгляду справи по суті. Також в законодавстві повинне бути передбачене право арбітражного складу вимагати від сторони, що подає заяву про вжиття забезпечувального заходу, надати належне забезпечення у зв'язку з відповідним заходом.

Справи про вжиття забезпечувальних заходів на підтримку міжнародного комерційного арбітражу мають розглядаються судом (загальної юрисдикції) за місцезнаходженням арбітражу. Державному суду має надаватися повноваження із вжиття забезпечувальних заходів на підтримку арбітражного розгляду за заявою будь-якої сторони арбітражної угоди, але виключно за умови обґрунтування стороною в заяві того, що існує реальна ймовірність того, що невжиття судом таких заходів у подальшому утруднить або зробить неможливим виконання арбітражного рішення по суті спору. У випадку вжиття забезпечувального заходу суд має повідомити належним чином - надіслати копію ухвали - арбітражну установу (арбітражний склад), що розглядає спір, і всі сторони арбітражного розгляду. У разі обґрунтування заявником існування термінової необхідності у вжитті забезпечувальних заходів, пропонується передбачити можливість розгляду судом заяви про забезпечення позову без повідомлення відповідача.

У випадку, якщо арбітраж відмовив у задоволенні позовних вимог, щодо яких було вжито забезпечувальний захід, або провадження щодо таких вимог

було припинено з інших підстав забезпечувальні заходи суду мають бути скасовані.

Висновки до розділу 3

1. Можливість забезпечення позову залишається для сторін арбітражної угоди актуальним питанням. Без результативного механізму звернення до виконання постанов арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів ефективність міжнародного комерційного арбітражу як альтернативного способу вирішення спорів залишатиметься сумнівною, навіть за умови внесення інших необхідних змін і доповнень до законодавства про третейське судочинство. Для запобігання виведенню активів і збереження платоспроможності відповідача позивач-сторона арбітражного розгляду змушений звертатися до державного суду, де розглядатиметься можливість вжиття відповідного заходу. Проте, в частині забезпечення позову на підтримку арбітражу процесуальне законодавство України також не позбавлене прогалин, а судова практика свідчить про те, що державні суди неохоче розглядають такі заяви. Основними причинами, крім недосконалості законодавства, є недостатня обізнаність державного суду з матеріалами справи, порушеної в арбітражі; неможливість звернення до виконання постанов арбітражу про забезпечення позову через відсутність відповідних норм у Законі України «Про виконавче провадження».

2. Незважаючи на тривалий період діяльності, авторитет і особливий статус МКАС при ТПП України, визначений на рівні закону, та значну кількість справ, що розглядаються ним, арбітражні правила МКАС при ТПП України потребують подальшого вдосконалення, спрямованого, зокрема, на підвищення ефективності забезпечення позову, шляхом запозичення досвіду іноземних арбітражних установ. Діяльність МКАС також повинна бути побудована на вдосконаленому законодавстві України про міжнародний комерційний арбітраж, недоліки якого спричиняють ряд ускладнень під час звернення до виконання постанов МКАС при ТПП України про вжиття забезпечувальних заходів на практиці.

3. Незважаючи на справедливе прагнення українського законодавця до слідування нормам Типового закону ЮНСІТРАЛ, «механічне» відтворення його положень у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» не здатне вирішити проблеми забезпечення позову в третейському суді в повному обсязі. Нагальною потребою залишається доповнення процесуального законодавства нормами, що визначають процедуру звернення до виконання рішень арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів і забезпечення позову державними судами на підтримку арбітражу.

4. Пропонується імплементувати в національне законодавство та врахувати у регламентах національних арбітражних установ запозичене зі швейцарського законодавства та арбітражної практики положення про те, що якщо клопотання щодо одних й тих самих забезпечувальних заходів у одній і тій самій справі подається до державного суду і арбітражу одночасно, право вжити такі заходи буде покладатися на той орган, у якому першому було зареєстровано клопотання.

5. Пропонується Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» - доповнити нормою щодо підвідомчості справ про забезпечення позову в підтримку арбітражу:

Частину другу статті 16 викласти у такій редакції: «Функції, зазначені в статті 9, пункті 3 статті 16 і пункті 2 статті 34, виконуються місцевими загальними судами за місцезнаходженням арбітражу».

6. Регламенти МКАС при ТПП України, Регламент МАК при ТПП України, інших арбітражних установ пропонується доповнити нормами, що закріплюватимуть зміст заяви сторони про забезпечення позову, що подається до арбітражу, елементами якої мають бути зазначення прав позивача, що мають бути збережені, найменування конкретного заходу (заходів), щодо яких звертається сторона, та обґрунтування терміновості обставин, які вимагають вжиття забезпечувальних заходів.

7. З огляду на те, що неупередженість арбітрів може стати одним із істотних факторів під час прийняття та виконання рішення арбітражу про

забезпечення позову, пропонується запозичити із зарубіжного досвіду (зокрема, практики LCIA) та впровадити у діяльність українських арбітражних інституцій процедуру перевірки наявності конфлікту інтересів з метою встановлення можливої упередженості арбітрів до однієї зі сторін або до предмету спору шляхом підписання арбітрами до або одразу після закінчення формування арбітражного складу письмової заяви із підтвердженням наявності або відсутності обставин, що ставлять під сумнів неупередженість і незалежність арбітра.

ВИСНОВКИ

Ратифікація Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, зокрема, та тенденція до адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, в цілому, мають стати чинниками удосконалення правового регулювання альтернативних методів вирішення спорів на території України. Процес реформування законодавства України в сфері позасудових процедур має відобразитися у реалізації відповідних законодавчих ініціатив, у тому числі, щодо вжиття забезпечувальних заходів арбітражним складом, а також державним судом – у межах сприяння арбітражному розгляду.

У дисертаційному дослідженні здійснено теоретичне узагальнення наукових підходів до правової природи, поняття, видів, принципів вжиття забезпечувальних заходів у третейському судочинстві з іноземним елементом та реалізовані поставлені наукові завдання – зокрема, проведення компаративно-правового дослідження процедур вжиття забезпечувальних заходів у державах різних правових систем, розгляд проблем взаємодії арбітражу з державним судом під час забезпечення позову в арбітражі, з метою комплексного аналізу та розробки пропозицій щодо вдосконалення українського законодавства, яким визначається механізм вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі.

Результати дослідження дозволяють сформулювати наступні висновки та пропозиції:

1. Розглянуто різні підходи до визначення поняття забезпечувального заходу в міжнародному комерційному арбітражі (через поняття забезпечення вимог, майнових інтересів сторін арбітражної угоди). Встановлено відсутність єдиної загальноприйнятої в науковому дискурсі дефініції.

Встановлено, що основними критеріями розмежування видів забезпечувальних заходів у науковій рефлексії є мета вжиття заходу забезпечення позову та предмет спору.

Обґрунтовано розподіл забезпечувальних заходів на види за критерієм функціонального призначення: забезпечувальні заходи, спрямовані на збереження статус-кво між сторонами, та забезпечувальні заходи, спрямовані на забезпечення виконання майбутнього арбітражного рішення.

Встановлено, що особливості, властиві забезпеченню позову у міжнародному комерційному арбітражі, науковці об'єднують у групи за рядом критеріїв, а саме: критерієм терміновості, тимчасового або попереднього характеру захисту, врахування інтересів та забезпечення непорушності прав усіх сторін спору, відсутності імперативного характеру звернення до виконання.

Додатково обґрунтовано важливість врахування критеріїв, пов'язаних із суб'єктним складом справи, фактору імовірності успішного вирішення справи та критерію пропорційності між завданими заявникові збитками та тими збитками, які вжиття заходу забезпечення позову може завдати відповідачеві або третій особі у справі.

2. Пропонується широке визначення забезпечувальних заходів в арбітражі як будь-яких заходів тимчасового характеру, спрямованих на охорону та гарантування законних прав та інтересів сторін арбітражної угоди.

3. Обґрунтовано дискусійний характер правової природи антипозовних забезпечувальних заходів (англ. anti-suit injunctions) як виду забезпечення позову. Пропонується визначати антипозовні забезпечувальні заходи як особливий різновид забезпечувальних заходів, метою якого є утримання сторони арбітражної угоди від продовження провадження в суді або арбітражі в іншій юрисдикції з того ж самого питання в порушення арбітражної угоди. Розподіляти антипозовні забезпечувальні заходи на види

запропоновано за суб'єктом правозастосування (арбітраж або державний суд).

4. Доведено, що забезпечення позову у міжнародному комерційному арбітражі базується на тих самих підходах і засадах, що притаманні арбітражу як альтернативному способу вирішення спорів у цілому, але відрізняється вжиттям спеціальних (конкретно-правових) принципів: врахуванням потенційних збитків сторін (розміру упущеної вигоди) та принципу пропорційності між заподіяною шкодою (або шкодою, яку може бути заподіяно позивачу) та тими збитками, які вжиття заходу забезпечення позову може завдати іншій стороні конфлікту

5. Встановлено, що в світовій правозастосовній практиці арбітражні установи (арбітражі *ad hoc*) та державні суди мають конкурентну юрисдикцію із вжиття забезпечувальних заходів. За законодавством країн як загальної, так і континентальної систем права, у випадках, коли склад арбітражу ще не сформовано, сторони угоди можуть звернутися до державного суду щодо забезпечення позову. Проте, як тільки арбітражний склад сформовано, порядок дій сторін буде різним у залежності від юрисдикції; за деякими регламентами арбітражних установ, звернення сторін до державного суду після сформування арбітражу та початку арбітражного розгляду допускається лише за виключних обставин. Відсутність у складу арбітражу імперативних повноважень суттєво зменшує вірогідність добровільного виконання арбітражного рішення про вжиття забезпечувальних заходів, в зв'язку з чим ряд держав не надає арбітражу на законодавчому рівні повноважень із забезпечення позову.

Обґрунтовано, що найбільш ефективним є підхід, відповідно до якого арбітри є первинним джерелом забезпечення позову під час арбітражного розгляду, але сторони можуть, за необхідності, звертатися й до компетентних державних судів із клопотанням про вжиття забезпечувальних заходів (надання державному судочинству функції сприяння арбітражному розгляду).

6. Запропоновано впровадити в Україні інститут надзвичайного (термінового) арбітра, спираючись на моделі ЛМАС, Арбітражного інституту Торгової палати Стокгольму, або доарбітражного третейського судді за моделлю, розробленою Міжнародним арбітражним судом Міжнародної торгової палати. Для реалізації цього завдання пропонується визначити механізм призначення і функції надзвичайного арбітра на законодавчому рівні, передбачити процедуру призначення та повноваження такого арбітра у Регламенті МКАС при ТПП України, розробити Регламент доарбітражного третейського розгляду для МКАС при ТПП України.

Запропоновано Регламенти МКАС при ТПП України, Регламент МАК при ТПП України доповнити нормами, що встановлюватимуть зміст заяви сторони про забезпечення позову, що подається до арбітражу, елементами якої мають бути зазначення прав позивача, що мають бути збережені, найменування конкретного заходу (заходів), щодо яких звертається сторона, та обґрунтування терміновості обставин, які вимагають вжиття забезпечувальних заходів.

Запропоновано включити в текст Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» положення щодо конкретних вимог до вжиття забезпечувальних заходів арбітражем у відповідності до чинної редакції Типового закону ЮНСІТРАЛ. Проте, наголошується, що «механічне» відтворення положень типового законодавства у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» не здатне вирішити проблеми забезпечення позову в третейському суді в повному обсязі. Нагальною потребою залишається доповнення процесуального законодавства нормами, що визначають процедуру звернення до виконання рішень арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів і забезпечення позову державними судами на підтримку арбітражу.

Пропонується Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» доповнити нормою щодо підвідомчості справ про забезпечення позову на підтримку арбітражу, виклавши частину другу статті 16 у такій

редакції: «Функції, зазначені в статті 9, пункті 3 статті 16 і пункті 2 статті 34, виконуються місцевими загальними судами за місцезнаходженням арбітражу».

Запропонована імплементація в українське законодавство та врахування у діяльності національних арбітражних установ запозиченого зі швейцарського законодавства та арбітражної практики положення про те, що якщо клопотання щодо одних й тих самих забезпечувальних заходів у одній і тій самій справі подається до державного суду і арбітражу одночасно, право вжити такі заходи буде покладатися на той орган, у якому першому було зареєстровано клопотання.

Пропонується передбачити на законодавчому рівні можливість проведення спрощеної (скороченої) процедури арбітражного провадження, встановити обставини, за яких спрощена процедура може застосовуватися арбітражним складом (або дозволити сторонам погоджувати вжиття спрощеної процедури розгляду в арбітражній угоді), розробити відповідний Регламент спрощеної процедури арбітражу для використання в практиці арбітражних інституцій.

Пропозиції щодо внесення змін до чинного законодавства України знайшли відображення у проектах Законів України «Про внесення змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»» і «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України», розроблених автором і поданих у вигляді додатків до дисертаційного дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Богуславский М.М.* Связь третейских судов с государственными судами // *Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения* / Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2007. – С. 61-74.
2. *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж и обеспечительные меры // *Лебедев С.Н. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частном морскому праву.* – М.: Статут, 2009. – С. 647-653.
3. *Born G.B.* *International Arbitration: Cases and Materials.* – Wolters Kluwer, 2011. – 1263p.
4. *Захватаев В.Н.* Комментарий к мировой практике международного коммерческого арбитража. Книга первая. – К.: Алерта, 2015. – 906с.
5. *Yesilirmak A.* *Provisional Measures in International Commercial Arbitration.* – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – 329p.
6. *Harris B., Planterose R., Tecks J.* *The Arbitration Act 1996: A Commentary.* - 4th ed. – Blackwell Publishing, 2007. – 507p.
7. *Moses M.L.* *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration.* – Second Edition. – Cambridge University Press, 2012. – 372p.
8. *Эндрюс Н.* Система гражданского права Англии: Судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Под ред. Р.М. Ходыкина. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 544с.
9. *Mosimann O.L.* *Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration.* – The Hague: Eleven International Publishing, 2010. – 200p.
10. *Ходыкин Р.М.* Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже // *Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого*

арбитража / Сост. и науч. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина. - М.: Статут, 2013. – С. 274-296.

11. *Hill J.* International Commercial Disputes in English Courts. – 3rd ed. – Oxford and Portland, Oregon, 2005. – 756p.

12. Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (new Lugano Convention): [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://ec.europa.eu/world/agreements>.

13. *Lakatos A., Hilgard M.* Anti-Suit Injunctions in Defence of Arbitration: Protecting the Right to Arbitrate in Common and Civil Law Jurisdictions (Part II): [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.mayerbrown.com/publications/Anti-Suit-Injunctions-in-Defence-of-Arbitration-Protecting-the-Right-to-Arbitrate-in-Common-and-Civil-Law-Jurisdictions-Part-II-03-03-2008>.

14. *Stacher M.* You Don't Want to Go There – Antisuit Injunctions in International Commercial Arbitration: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=ASAB200504>.

15. Современный международный коммерческий арбитраж / Под ред. А.А. Костина. – М.: МГИМО-Университет, 2013. – 338с.

16. *Анохин В.С., Завидов Б.Д., Сергеев В.И.* Защита договорных обязательств. – М.: ИНФРА-М, 1998. – 286с.

17. *Павлова Н.В.* Предварительные обеспечительные меры в международном гражданском процессе: Автореферат дис. на соискание ученой степени к.ю.н. - М., 2002. - 25с.

18. *Clay T.* Les mesures provisoires demandées à l'arbitre // Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international: évolutions et innovations / Sous la direction de J.-M. Jacquet et de E. Jolivet. – Paris: Litec, 2007. – P. 9-25.

19. *Прутика Ю.* Актуальні проблеми вжиття забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі // Господарський процес. – 2004. - №8. – С. 16-20.

20. *Курочкин С.А.* Отдельные элементы арбитражного разбирательства // *Международный коммерческий арбитраж* / Под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Infotropic Media, 2012. – С. 216-235.
21. *Busy D.R.* How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration Under the Amended UNCITRAL Model Law // *American University International Law Review* 25. – 2010. - №3. - P. 579-609.
22. *Лопатина Д.А.* Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже // *Реклама и право*. – 2008. - №2 (11). – С. 35-37.
23. *Кузнецов С.А.* Обеспечительные меры в гражданском и административном судопроизводстве. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 152с.
24. *Racine J.-B.* L'exécution des mesures provisoires ordonnées par un arbitre. L'éclairage du projet de nouvelle loi type de la CNUDCI // *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international: évolutions et innovations* / Sous la direction de J.-M. Jacquet et de E. Jolivet. – Paris: Litec, 2007. – P. 113-135.
25. *Прутика Ю.Д.* Правова природа забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі // *Бюлетень Міністерства юстиції України*. – 2004. - №2-3 (28-29). – С. 71-80.
26. *Цират Г.А.* Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі: Питання законності та юридичної сили. Частина 1 // *Європейські перспективи*. – 2010. - №2. – С. 63-73.
27. *Federal Arbitration Act 1925*: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.gpo.gov>.
28. *International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules)*: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.icdr.org>.
29. *Tweedale A., Tweedale K.* *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. – Oxford University Press, 2010. – 1010p.
30. *Jolivet E.* L'expérience de la chambre de commerce internationale dans le cadre du règlement d'arbitrage // *Les mesures provisoires dans l'arbitrage*

commercial international: évolutions et innovations / Sous la direction de J.-M. Jacquet et de E. Jolivet. – Paris: Litec, 2007. – P. 29-45.

31. *Николюкин С.В.* Мировые сделки как регуляторы коммерческих конфликтов: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2011. – 256с.

32. *Менкель-Мидоу К.* Неформальное, формальное и «полуформальное» правосудие в США // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст: Сборник докладов / Под ред. Д.Я. Малешина. – М.: Статут, 2012. – С. 114-139.

33. *Прутика Ю.Д.* Система принципів третейського розгляду // Право України. – 2004. - №1. – С. 10-17.

34. *Захарченко Т.Г.* Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Під заг. ред. І.І. Побірченка. – К.: Ін Юре, 2007. – С. 30-45.

35. Конвенція про розв'язання арбітражним шляхом цивільно-правових спорів, що впливають з відносин економічного та науково-технічного співробітництва від 26.05.1972 р.: [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/998_570.

36. *Батлер У.* Судьба Московской конвенции 1972 г. // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей / Под ред. А.С. Комарова. – М.: Статут, 2007. - С. 47-60.

37. Рішення Господарського суду Львівської області від 13.09.2011 р. № 5015/3965/11: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18692974>.

38. Рішення Господарського суду Львівської області від 14.03.2011 р. №2/190: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14586411>.

39. *Тараненко В.Ф.* Принципы диспозитивности и состязательности в советском гражданском процессе. – М.: Изд-во ВЮЗИ, 1990. – 54с.

- 40.** Cordero-Moss G. International arbitration is not only international // International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features / Edited by G. Cordero-Moss. – Cambridge University Press, 2013. – P. 7-39.
- 41.** *Kessedjian C.* Définitions et conditions de l'octroi de mesures provisoires // Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international: évolutions et innovations / Sous la direction de J.-M. Jacquet et de E. Jolivet. – Paris: Litec, 2007. – P. 73-90.
- 42.** *Содерлунд К.* Определение размера убытков в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей / Под ред. А.С. Комарова. – М.: Статут, 2007. – С. 434-447.
- 43.** *Roth M.* Interim Measures // Journal of Dispute Resolution. – 2012. – Issue 2. – P. 425-435.
- 44.** *Collins E.* Pre-Tribunal Emergency Relief in International Commercial Arbitration // Loyola University Chicago International Law Review. – Volume 10. – 2012. – Issue 1. – P. 105-118.
- 45.** Règlement de référé pré-arbitral: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.iccwbo.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx&id=2147489344>.
- 46.** *Tercier P.* L'expérience de la Chambre de commerce internationale dans la cadre du référé pré-arbitral // Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international: évolutions et innovations / Sous la direction de J.-M. Jacquet et de E. Jolivet. – Paris: Litec, 2007. – P. 47-57.
- 47.** The LCIA Arbitration Rules: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.
- 48.** ICDR International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules): [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.icdr.org>.
- 49.** Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules 2010: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf.

- 50.** Конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень від 10 червня 1958 року: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
- 51.** Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж від 21 квітня 1961 року: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
- 52.** *Прутика Ю.* Забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі // *Право України.* – 2011. - №1. – С. 139-149.
- 53.** Типовий закон ЮНСІТРАЛІ щодо міжнародного торговельного арбітражу від 21 червня 1985 року (у редакції 2006 року): [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
- 54.** *Tucker L.A.* Interim Measures Under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects Both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty // *International Commercial Arbitration Brief.* – 2011. - №2. – P. 15-23.
- 55.** Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of UNCITRAL fiftieth session (Vienna, 11-15 September 2006): [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups.html.
- 56.** UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010): [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.
- 57.** *Sexton E.* Caught Between Arbitration and the Courts: Interim Measures in U.S. International Arbitration // *Canadian Arbitration and Mediation Journal.* – Fall/Winter 2012. - P. 36-38: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Sexton-arbitrators-courts-fall-winter-2012.pdf>.
- 58.** *Sherwin P., Rennie D.* Interim Relief Under International Arbitration Rules And Guidelines: A Comparative Analysis // *The American Review of International Arbitration.* – Volume 20. – 2009. - №3. – P. 317-366.

- 59.** *Курочкин С.А.* Частные и публичные начала в цивилистическом процессе. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 560с.
- 60.** *Николюкин С.В.* Международный коммерческий арбитраж. – М.: ЮСТИЦИНФОРМ, 2010. – 216с.
- 61.** *Лис Г.І.* Зміст арбітражної угоди // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. - №4. –С. 90-104.
- 62.** *Willems M.* That's A Relief (Interim): The English Court's Approach In Arbitrations // *The Arbitrator*. – Spring 2014: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.andrewskurth.com/pressroom-publications-1084.html>.
- 63.** *Werbicki R.* Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction // *AAA Handbook on International Arbitration & ADR*. - 2nd ed. – 2010. - P. 89-103: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.steptoel.com/assets/htmldocuments/11-ch8-Werbicki.pdf>.
- 64.** *DeBattista Ch.* Arbitrators' Powers to Order Interim Measures: [Електронний ресурс]. URL: <http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents>.
- 65.** *Кравцов С.О.* Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди. – Х.: Право, 2014. – 231с.
- 66.** Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 року (у редакції 2005 року) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. - № 25. – Ст. 198.
- 67.** World Intellectual Property Organization Expedited Arbitration Rules: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/newrules.html>.
- 68.** *Ловырев Д.Е., Муравьев А.И.* Некоторые проблемы института обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже в праве России. Нейтрализация дерогационного эффекта арбитражной оговорки // Московский журнал международного права. – 2001. - №1. – С. 172-203.
- 69.** China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.cietac.org/index.cms>.

- 70.** Japan Commercial Arbitration Association Arbitration Rules: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration>.
- 71.** Swiss Rules of International Arbitration: [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf.
- 72.** International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention Arbitration Rules: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://icsid.worldbank.org>.
- 73.** International Chamber of Commerce 2012 Arbitration Rules: [Электронный ресурс]. URL: <http://www.iccwbo.org>.
- 74.** World Intellectual Property Organization Expedited Arbitration Rules: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/newrules.html>.
- 75.** *Тарасов Д.А.* Обеспечение иска – защита или наказание? // Арбитражная практика. – 2003. – №3. – С. 51-53.
- 76.** *Эндрюс Н.* Национальный доклад Англии и Уэльса // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 18-21 сентября 2012 г., Москва, Россия: Сб. докладов / Под ред. Д.Я. Малешина. – М.: Статут, 2012. - С. 64-80.
- 77.** *Schaefer J.K.* New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.ejcl.org/22/art22-2.html>.
- 78.** *Assimina Maritime Ltd. v Pakistan Shipping Corp* [2004] APP.L.R. 12/21: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/section/7>.
- 79.** Civil Procedure Act 1997: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://legislation.gov.uk>.
- 80.** The Civil Procedure Rules 1998: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://legislation.gov.uk>.

- 81.** Econet Wireless Ltd v Vee Networks Ltd [2006] APP.L.R. 06/28: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbLawReports/Econet%20v%20Vee%20No1%202006.pdf>.
- 82.** Cetelem SA v Roust Holdings Ltd [2005]: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Cetelem%20v%20Roust%202005.pdf>.
- 83.** Zim Integrated Shipping Services Ltd v European Container Ks [2013] EWHC 3581 (Comm): [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://casetrack.com/ct4plc.nsf/items/D-023-8181>.
- 84.** Mobil Cerro Negro Ltd v Petroleos De Venezuela SA [2008] APP.L.R. 03/18: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/Arbitration/Mobil%20v%20Petroleos%2002008.pdf>.
- 85.** Doosan Babcock Ltd v Comercializadora de Equipos y Materiales Mabe Limitada [2013] EWHC 3010 (TCC): [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.mcnaichambers.com/media/documents/201311/ENGLISH_HIGH_COURT_GRANTS_INJUNCTION_IN_RESPECT_OF_FIDIC_.pdf.
- 86.** Kastner v Jason [2004] APP.L.R. 12/02: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitLawReports/Kastner%20v%20Jason%20No2%202004.pdf>.
- 87.** *Dougherty Ch., Powell L.* A Practical Guide to Freezing Orders // Two Temple Gardens. - Winter 2009: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.2tg.co.uk/assets/docs/newsletter_documents/practical_guide_to_freezing_orders_winter2009.pdf.
- 88.** *Lieberman L., Fischer H.* International asset freezing: the US and UK perspectives // Butterworth Journal of International Banking and Financial Law. – February 2010. – P. 99-101.

- 89.** *Ернылева Н.Ю.* Международное частное право. – М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2015. – 655с.
- 90.** Il Codice di Procedura Civile Italiano: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.jus.unitn.it>.
- 91.** *Bernardini P.* The Italian Law on Arbitration: Text and Notes. – The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 1998. – 123р.
- 92.** *Bredow J.* Arbitration in Germany: Features of the German Institution of Arbitration // International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features / Ed. G. Cordero-Moss. – Cambridge University Press, 2013. - P. 144-187.
- 93.** *Wehrli D., Stacher M.* Arbitration under the Swiss Rules // International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features / Edited by G. Cordero-Moss. – Cambridge University Press, 2013. - P. 345-378.
- 94.** Federal Statute on Private International Law: [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.swissarbitration.org/sa/download/IPRG_english.pdf.
- 95.** *Lembo S., Guignet V.* Interim Measures of Protection: The Concurrent Jurisdiction of Courts and Arbitral Tribunals in Switzerland: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.baerkarrer.ch/publications/11_10_27ABA_Paper_InterimMeasures.pdf.
- 96.** Swiss Rules: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.swissarbitration.org/sa/en/rules.php>.
- 97.** *Wirth M.* Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/INTERIM.pdf>.
- 98.** Swiss Civil Procedure Code of 19 December 2008 (status as of 1 May 2013): [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.admin.ch>.
- 99.** *Segesser G., Boog C.* Interim Measures // International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners. – 2nd ed. / Edited by E. Geisinger, N. Voser. – Wolters Kluwer, 2013. – P. 107-129.

- 100.** Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (status as of 1 January 2015): [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.admin.ch>.
- 101.** Закон Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде»: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.pravo.by>.
- 102.** Регламент Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.iac.by>.
- 103.** *Данилевич А.С., Аль-Хайдар А.К.* Перспективы развития обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже в Беларуси // Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: Сб. научных трудов. - Вып. 2. – Минск: Изд-во БГУ, 2010. - С. 195-205.
- 104.** Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.pravo.by>.
- 105.** Гражданский кодекс Российской Федерации: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://base.garant.ru>.
- 106.** *Николюкин С.В.* Третейские механизмы урегулирования коммерческих споров: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2011. – 256с.
- 107.** *Скворцов О.Ю.* Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. – М.: Wolters Kluwer, 2005. – 704с.
- 108.** *Николюкин С.В.* Меры по обеспечению иска в международном коммерческом арбитраже // Вестник Арбитражного суда г. Москвы. – 2009. - №6: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book_9190.html.
- 109.** Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://base.garant.ru>.
- 110.** Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 7.07.2004 г. №78 «Обзор практики применения арбитражными судами предварительных

обеспечительных мер»: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/2971.html.

111. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://base.garant.ru>.

112. Постановление Пленума ВАС РФ от 9.07.2003 г. №11: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.arbitr.ru>.

113. Конституция Республики Казахстан: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.constitution.kz>.

114. Конституционный закон Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» от 25 декабря 2000 года № 132-III : [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://online.zakon.kz>.

115. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13.07.1999 г. (в редакции от 24.04.2015 г.): [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://online.zakon.kz>.

116. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О принятии обеспечительных мер в гражданских делах» от 12.01.2009 г. №2: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://sud.gov.kz/rus/legislation/CAT01/79693/2009>.

117. Закон Республики Казахстан «О международном коммерческом арбитраже» от 28.12.2004 г.: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://online.zakon.kz>.

118. Закон Республики Казахстан «О третейских судах» от 28.12.2004 г.: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://online.zakon.kz>.

119. Арбитражный регламент Казахстанского Международного Арбитража: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.arbitrage.kz>.

120. Arbitration Act 1996: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.ua>.

121. *Koepf J., Farah D., Webster P.* Arbitration in London: Features of the London Court of International Arbitration // International Commercial Arbitration:

Different Forms and their Features / Edited by G. Cordero-Moss. – Cambridge University Press, 2013. – P. 217-270.

122. CIArb Arbitration Rules: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.ciarb.org>.

123. Варано В., Симони А. Итальянский национальный доклад // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 18-21 сентября 2012 г., Москва, Россия: Сб. докладов / Под ред. Д.Я. Малешина. – М.: Статут, 2012. - С. 46-63.

124. Copari D. Arbitrato e tutela cautelare // Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. – 2008. - № 4-5-6. - P. 475-482.

125. Regolamento arbitrale della Camera Arbitrale di Milano: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.camera-arbitrale.it>.

126. Azzoli S. Arbitration in Italy: Features of the Milan Chamber of Arbitration // International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features / Ed. G. Cordero-Moss. – Cambridge University Press, 2013. - P. 188-203.

127. Regolamento arbitrale della Camera Arbitrale della Camera di Commercio di Bologna: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.bo.camcom.gov.it>.

128. Barbuto M. Arbitrato irrituale e tutela cautelare: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.agatavvocati.it/UserFiles/File/Atti/obiettivo%20Riforma/RelBarbuto.pdf>.

129. Арбитражный регламент DIS: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.disarb.org/de/16/regeln/dis-Положение-об-арбитражном-суде-98-id12>.

130. Регламент МКАС при ТПП РФ: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://mkas.tpprf.ru/ru>.

131. Суханов Е. Коммерческий арбитраж в России // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст: Всемирная конференция

Международной ассоциации процессуального права, 18-21 сентября 2012 г., Москва, Россия: Сб. докладов / Под ред. Д.Я. Малешина. – М.: Статут, 2012. – С. 657-665.

132. Сулейменов М.К, Дуйсейнова А.Е. Развитие законодательства Республики Казахстан о международном коммерческом арбитраже // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2011. - №4. – С. 151-154.

133. Ануфриева Л.П. Международное частное право: Особенная часть. – Том 2. – Изд. 2-е. – М.: БЕК, 2002. – 656с.

134. Міжнародне приватне право. Загальна частина / За ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. – К.: Алерта, 2012. – 376с.

135. Богуславский М.М. Международное частное право. – 6-е изд. – М.: НОРМА, 2009. – 704с.

136. Комаров А.С. Три четверти века в ногу со временем: к 75-летию деятельности МКАС // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей / Под ред. А.С. Комарова. – М.: Статут, 2007. – С. 3-25.

137. Регламент МКАС при ТПП України: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/rules.html>.

138. Литвиненко З. Подання позову до Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України // Право України. – 2011. - №1. – С. 67-78.

139. Регламент Морської арбітражної комісії при ТПП України: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.ucci.org.ua/arb/mac/ru/rules.html>.

140. Ерпылева Н.Ю., Лопатина Д.А. Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. – 2008. – № 4. – С. 52-77.

141. Цират Г. Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже: состояние и перспективы регулирования // *Leges si viata*. – 2014. - №3/3. – С. 200-203.

- 142.** *Мальський М., Богуцький А.* Арбітраж: Невиконане завдання // Український юрист. – 2013. - №01-02: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://jurist.ua/?article/301>.
- 143.** Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року (у редакції від 1 грудня 2012 року): [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
- 144.** *Вильховик А.* Юридический интерес как предпосылка доступности судебной защиты // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. – №12. – С. 2-7.
- 145.** *Пшечук А.* К вопросу о применении обеспечительных мер в гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. - №12. – С. 14-15.
- 146.** *Видоборець Т.* Забезпечення позову при розгляді справи в МКАС: міф чи реальність?: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.ulclegal.com.ua/uk/novini/pres-centr/2896-zabezpecennja-pozovu-pri-rozgljadi-spravi-v-mkas-mif-ci-realnist>.
- 147.** *Jijón-Letort R. and Manuel Marchán J.* National and International Arbitration in Ecuador // The Arbitration Review of the Americas. - 2014. – P. 59-63.
- 148.** Florida Arbitration Code: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.leg.state.fl.us>.
- 149.** *Нуцїй Б.* Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі. Реалізація на території України // Юридична Газета. – 2013. – № 33-34. – С. 27-28.
- 150.** Закон України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 року (у редакції від 6.06.2015 року): [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
- 151.** Ухвала Господарського суду Закарпатської області від 04.09.2007 р. у справі № 02.04/3-: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.

- 152.** Ухвала Господарського суду Донецької області від 29.04.2008 р.: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
- 153.** Ухвала Печерського районного суду міста Києва від 22.05.2008 р. у справі № 2-з-1-1/08: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
- 154.** Ухвала Іллічівського міського суду Одеської області від 17.05.2012 р. у справі № 1511/2458/2012: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
- 155.** Ухвала Господарського суду Дніпропетровської області від 3.06.2015 р. у справі № 904/4600/153а: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
- 156.** Проект змін до законодавчих актів України щодо судової підтримки арбітражного розгляду Української Арбітражної Асоціації: [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://arbitration.kiev.ua/Uploads/kucher/Court%20Assistance%20to%20Arbitration_Draft_02092015_clean.pdf.
- 157.** Решение МКАС при ТПП Украины от 20 февраля 2009 г. // Практика МКАС: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://arb.ucci.org.ua/icac/cases/2006-2010/caseNo29.pdf>.
- 158.** Judgment of the Court (Grand Chamber) in Case C-185/07 for a preliminary ruling under Articles 68 EC and 234 EC from the House of Lords (United Kingdom), made by decision of 28 March 2007, received at the Court on 2 April 2007, in the proceedings Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA, v West Tankers Inc.: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris>.
- 159.** Извлечение из решения МКАС при ТПП Украины от 29 июня 2004 г. // Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И.Г. Побирченко. – К.: Праксис, 2006. – С. 156.

- 160.** Постановление о принятии обеспечительных мер от 19 февраля 2004 г. // Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И.Г. Побирченко. – К.: Праксіс, 2006. - С. 157-158.
- 161.** Постановление о принятии обеспечительных мер от 8 февраля 2005 г. // Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И.Г. Побирченко. – К.: Праксіс, 2006. – С. 158-159.
- 162.** Решение МКАС при ТПП Украины от 22 апреля 2009 г. // Практика МКАС: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://arb.ucci.org.ua/icac/cases/2006-2010/caseNo31.pdf>.
- 163.** Working Group II 50th session: [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html.
- 164.** Swiss International Arbitration Decision On Provisional Measures Characterized as Interlocutory: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/decision-on-provisional-measures-characterized-as-interlocutory-?search=provisional>.
- 165.** Логущ Л.В. Міжнародно-договірна уніфікація процесуальних норм, що регулюють міжнародний комерційний арбітраж // Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». - Том 53. Юридичні науки. – Київ, 2006. - С. 261-265.
- 166.** Кордеро-Мосс Дж. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Автореферат дис. на соискание ученой степени к.ю.н. – Москва, 1995. – 26 с.
- 167.** Bernard P.E. Ethics in Arbitration: Connections, Conflicts And Collegiality // International Dispute Resolution: The Comparative Law Yearbook of International Business / General Ed. Campbell D. – The Netherlands: Kluwer Law International, 2010. – P. 21-42.
- 168.** General Assembly Resolution 40/72 of 11 December 1985: [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/477/79/IMG/NR047779.pdf?OpenElement>.

- 169.** General Assembly Resolution 61/33 of 18 December 2006: [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/496/41/PDF/N0649641.pdf?OpenElement>.
- 170.** *Діковська І.А.* Міжнародні комерційні контракти: колізійне та матеріально-правове регулювання: Навчальний посібник. – К.: Алерта, 2016. – 322с.
- 171.** *Ізарова І.О.* Реформування інституту забезпечувальних заходів в цивільному процесі Європейського Союзу // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. – 2015. - №13. – Том 2. – С. 8-11.

ЗАКОН УКРАЇНИ

«Про внесення змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»»

Внести зміни до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (Відомості Верховної Ради України. - 1994. - № 25. – Ст. 198):

1. Частину другу статті 16 викласти у такій редакції: «Функції, зазначені в статті 9, пункті 3 статті 16 і пункті 2 статті 34, виконуються місцевими загальними судами за місцезнаходженням арбітражу».

2. Статтю 17 викласти у такій редакції:

«Стаття 17. Повноваження арбітражу із вжиття забезпечувальних заходів.

1. Якщо сторони не домовились про інше, міжнародний комерційний арбітраж може, на прохання будь-якої сторони, застосувати забезпечувальні заходи.

2. Забезпечувальний захід – це будь-який тимчасовий захід, не заборонений нормами, застосовуваними до арбітражного розгляду, – незалежно від того, чи він вжитий у формі рішення арбітражу або будь-якій іншій формі, - за допомогою якого в будь-який момент, що передуює ухваленню остаточного рішення у справі, що знаходиться на розгляді в арбітражі, арбітраж розпоряджається про те, щоб та чи інша сторона:

а) підтримувала або поновила статус-кво до вирішення спору;

б) здійснила певні дії або утрималася від певних дій з метою забезпечення виконання майбутнього арбітражного рішення».

3. Доповнити статтями 17-1, 17-2, 17-3 такого змісту:

«Стаття 17-1. Зміст заяви про вжиття забезпечувальних заходів.

У заяві про вжиття забезпечувальних заходів, що подається до арбітражу, мають бути визначені законні права, що можуть бути порушені, конкретні заходи, щодо вжиття яких сторона подає заяву до арбітражу, та обставини, які вимагають вжиття таких заходів.

Стаття 17-2. Умови для вжиття забезпечувальних заходів арбітражем.

1. Сторона, що звертається до арбітражу з проханням про вжиття забезпечувальних заходів відповідно до частини другої статті 17, повинна переконати арбітраж відносно того, що:

а) існує ризик неминучих збитків для сторони, що звертається до арбітражу, та такі збитки перевищують шкоду, яку може завдати іншій стороні вжиття забезпечувального заходу;

б) існує розумна ймовірність того, що заявник досягне успіху за результатами розгляду справи по суті.

2. Арбітраж може вимагати від сторони, що подає заяву про вжиття забезпечувального заходу, надати належне забезпечення у зв'язку з відповідним заходом.

Стаття 17-3. Зміна, призупинення, скасування забезпечувального заходу.

Арбітраж може змінити, призупинити, скасувати вжитий ним забезпечувальний захід за заявою будь-якої зі сторін або, після попереднього повідомлення сторін, за власною ініціативою».

ЗАКОН УКРАЇНИ**«Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України»**

У Цивільному процесуальному кодексі України (Відомості Верховної Ради України. – 2004. - №№ 40 – 42. - Ст. 492):

1. Частину четверту статті 15 після слів «виконання рішень третейських судів,» доповнити словами «про вжиття забезпечувальних заходів на підтримку третейського судочинства та міжнародного комерційного арбітражу,».

2. Статтю 114 доповнити частиною п'ятою такого змісту:

«5. Справи про вжиття забезпечувальних заходів на підтримку третейського судочинства та міжнародного комерційного арбітражу розглядаються судом за місцезнаходженням третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу).»

3. Розділ VII доповнити Главою 3 (статтями 391-393) такого змісту:

«ГЛАВА 3**ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО ВЖИТТЯ ЗАХОДІВ
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ НА ПІДТРИМКУ ТРЕТЕЙСЬКОГО
СУДОЧИНСТВА ТА МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО
АРБІТРАЖУ**

Стаття 390. Вжиття заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного арбітражу

1. Суд може, за заявою будь-якої сторони третейської (арбітражної) угоди або сторони третейського (арбітражного розгляду), вжити забезпечувальні заходи на підтримку третейського судочинства (міжнародного комерційного арбітражу) у порядку, передбаченому цим Кодексом.

2. Забезпечувальні заходи на підтримку третейського судочинства (міжнародного комерційного арбітражу) вживаються судом, якщо існує ймовірність того, що невжиття цих заходів може утруднити чи зробити неможливим виконання майбутнього рішення третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу).

Стаття 391. Порядок розгляду питання про вжиття забезпечувальних заходів на підтримку третейського судочинства (міжнародного комерційного арбітражу)

1. Розгляд питання про вжиття, зміну та скасування забезпечувальних заходів на підтримку третейського судочинства (міжнародного комерційного арбітражу) здійснюється судом в порядку, передбаченому статтями 151-154 цього Кодексу з урахуванням особливостей, передбачених статтями 390-392 цього Кодексу.

2. Заява про вжиття забезпечувальних заходів на підтримку третейського судочинства (міжнародного комерційного арбітражу) розглядається у відкритому судовому засіданні із повідомленням відповідача та інших осіб, які беруть участь у справі.

3. У разі обґрунтування заявником існування термінової необхідності у вжитті таких заходів, заява про вжиття забезпечувальних заходів на підтримку третейського судочинства (міжнародного комерційного арбітражу) може розглядатися без повідомлення відповідача та інших осіб, які беруть участь у справі.

4. Суд може вимагати від сторони, що подає заяву про вжиття забезпечувального заходу, забезпечити вимогу заставою, яка вноситься на депозитний рахунок суду. Розмір застави визначається судом з урахуванням обставин справи, але не може перевищувати розмір забезпечення позову. Ухвала про вжиття забезпечувальних заходів на підтримку третейського судочинства (міжнародного комерційного арбітражу) звертається до виконання після внесення застави на депозитний рахунок суду.

5. У випадку вжиття забезпечувального заходу суд має надіслати копію відповідної ухвали третейському суду (арбітражній установі, арбітражному складу), які розглядають спір, стороні, щодо якої вжито забезпечувальний захід та іншим сторонам третейського (арбітражного розгляду).

Стаття 392. Зміна та скасування забезпечувальних заходів, вжитих судом на підтримку третейського судочинства (міжнародного комерційного арбітражу)

1. Суд, за заявою будь-якої зі сторін третейського (арбітражного) розгляду, може змінити спосіб, яким забезпечений позов у міжнародному арбітражі відповідно до цього Кодексу. Розгляд заяви про зміну способу забезпечення позову у міжнародному арбітражі здійснюється у порядку, визначеному в статті 391 цього Кодексу.

2. Забезпечувальні заходи скасовуються судом у разі, якщо третейський суд (міжнародний комерційний арбітраж) відмовив у задоволенні позовних вимог, щодо яких було вжито забезпечувальний захід, або провадження щодо таких вимог було припинено з інших підстав.».



ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ

Комітет з питань правової політики та правосуддя

01008, м. Київ-8, вул. М. Грушевського, 5, тел.: 255-35-84

№ 04-29/15-1675

"25" квітня 2016 р.

АКТ

впровадження результатів дисертаційного дослідження Прусенко Галини Євгенівни на тему: «Забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі»

Комісія у складі: Голови Комітету Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя Князевича Р.П., члена Комітету Денисенка В.І., заступника завідувача секретаріату Комітету Колісника І.В., склала цей акт з приводу того, що комісією розглянуто результати дисертаційного дослідження Прусенко Г.Є. на тему: «Забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі» за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право у вигляді науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення законодавства України.

Комісія вважає, що представлені пропозиції, отримані на основі проведеного комплексного дисертаційного дослідження, мають необхідний теоретичний та методологічний рівень та практичну значимість і можуть бути використані для вдосконалення цивільного законодавства України.

Голова Комітету

Р.П. Князевич

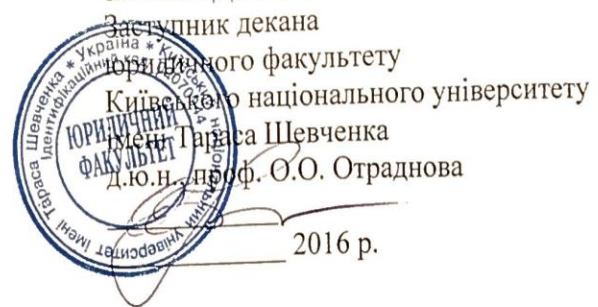
Член Комітету

В.І. Денисенко

Заступник завідувача секретаріату Комітету

І.В. Колісник

ЗАТВЕРДЖУЮ



АКТ

впровадження у навчальний і науково-дослідний процеси юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка результатів дисертаційного дослідження Прусенко Галини Євгеніївни на тему: «Забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі» за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право

Комісія у складі:

1. Професора кафедри правосуддя, д.ю.н., О.П. Кучинської
2. Доцента кафедри правосуддя, к.ю.н., О.О. Грабовської
3. Доцента кафедри правосуддя, к.ю.н., О.С. Захарової

склала цей акт про те, що результати дисертаційного дослідження Прусенко Галини Євгеніївни на тему: «Забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі», поданого на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право, є обґрунтованими, мають належний науковий рівень і практичне значення для використання у навчальному процесі кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка під час викладання навчальних дисциплін «Актуальні проблеми розгляду міжнародних комерційних спорів», «Міжнародний цивільний процес», «Альтернативні способи вирішення спорів», «Порівняльний цивільний процес», «Міжнародні судові юрисдикції».

Професор кафедри правосуддя, д.ю.н.

О.П. Кучинська

Доцент кафедри правосуддя, к.ю.н.

О.О. Грабовська

Доцент кафедри правосуддя, к.ю.н.

О.С. Захарова