

Ятченко Євген Олександрович
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри господарського права
факультету підприємництва та права
Київського національного університету
технологій та дизайну

УДК 347.9 +341.9

Забезпечувальні заходи в господарському процесі України та у міжнародному комерційному арбітражі

Досліджуються запобіжні заходи та заходи забезпечення позову в господарському процесі України та у міжнародному комерційному арбітражі як види забезпечувальних заходів. Значна увага приділяється розгляду проблеми оптимізації процесу застосування забезпечувальних заходів, зокрема шляхом надання права арбітраж приймати рішення про вжиття забезпечувальних заходів.

Ключові слова: забезпечувані заходи, запобіжні заходи, забезпечення позову, екзекватура.

Ятченко Е.А. Обеспечительные меры в хозяйственном процессе Украины и в международном коммерческом арбитраже

Исследуются упреждающие меры и меры обеспечения иска в хозяйственном процессе Украины и в международном коммерческом арбитраже как виды обеспечительных мер. Значительное внимание уделяется рассмотрению проблемы оптимизации процесса применения обеспечительных мер, в частности путем предоставления права арбитраж принимать решение о принятии обеспечительных мер.

Ключевые слова: обеспечительные меры, упреждающие меры, обеспечения иска, экзекватура.

Iatchenko Ievgen. Interim measures in the economic process in Ukraine and international commercial arbitration

Investigates the precautions and measures to ensure the claim in the economic process in Ukraine and international commercial arbitration as a kind of interim measures. In the article the much attention is paid to address the problem of optimizing the process of applying interim measures, including through the right to arbitration to decide on interim measures.

Key words: interim measures, precautions, ensure the claim, exequatur.

Активна інтеграція України до світової ринкової системи господарювання призвела до збільшення кількості господарських договорів із іноземними партнерами, зокрема із контрагентами із держав – членів Європейського Союзу. Не виконання або ж неналежне виконання однією із сторін умов господарського договору призводить до того, що суб'єкти господарювання вимушені шукати захисту своїх прав як в міжнародному комерційному арбітражі, так і в господарських судах України. Однак при недостатній кількості доказів суди не можуть винести позитивне рішення на користь постраждалої сторони оскільки діє принцип презумпції невинуватості контрагента доки не доведено інше. Навіть винесення зазначеними судами позитивного рішення не є тотожним належному захисту прав суб'єктів господарювання. Саме забезпечення позову та витребування належних доказів виступають гарантіями захисту прав суб'єктів господарювання. Відтак існує потреба вдосконалення існуючих та впровадження нових забезпечувальних процедур в практику розгляду та вирішення господарських спорів.

Питання, пов'язані із забезпеченням збереження та витребуванням доказів, забезпеченням позовних вимог суб'єктів господарювання, видами забезпечувальних заходів тощо, досліджували вітчизняні науковці, зокрема: М.О. Абрамов, В.Е. Беляневич, С.С. Боровик, О.М. Гончаренко, А.І. Гурова, А.О. Добровольський, С.О. Іванова, Н.В. Іванюта, М.Ю. Картузов, В.В. Комаров, С.О. Кравцов, І.Г. Побірченко, Ю.Д. Притика, В.В. Резнікова, Є.А. Таликін, О.І. Харитонова, Г.А. Цірат, Ю.С. Червоний, В.Д. Чернадчук та інші. Однак питанню побудови єдиної та універсальної системи забезпечувальних заходів, дослідженню особливостей застосування забезпечувальних заходів зазначеними науковцями приділяється недостатня увага.

Слід зазначити, що вітчизняний законодавець розмежовує процедури вжиття запобіжних заходів (розділ V-1 Господарського процесуального кодексу України – надалі ГПК України) та забезпечення позову (розділ X

ГПК України) попри подібність цих процедур. Звичайно ж існують певні відмінності між процедурою вжиття запобіжних заходів та процедурою забезпечення позову, однак, на думку автора, це не є перешкодою розглядати ці процедури як види забезпечувальних процедур у господарському процесі. Фактично на подібність зазначених процедур звертають увагу й інші науковці, зокрема Резнікова В.В. розглядаючи запобіжні заходи та забезпечення позову як питання однією теми в курсі господарського процесу [1].

Застосування забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі регламентується Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 року (надалі – Законом), а також Типовим законом ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж. При цьому, як підкреслює Ю.Д. Притика, принциповою відмінністю забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі є те, що через відсутність владних повноважень арбітражний суд не має можливості примусово виконати постановлений процесуальний акт про забезпечення позову [2]. Отже, центральною ланкою у застосуванні забезпечувальних заходів залишаються державний суд, а відтак вдосконалення та уніфікація забезпечувальних заходів у господарському судочинстві дозволить підвищити й ефективність діяльності міжнародного комерційного арбітражу, в якого саме забезпечувальні заходи є однією із слабких ланок.

Для проведення подальшого дослідження варто зосередити певну увагу на спільних рисах та відмінностях таких правових інститутів як інститут запобіжних заходів та інститут забезпечення позову. Як зазначає В.В. Резнікова інститут запобіжних заходів слід відрізнити від інституту забезпечення позову в господарському суді, оскільки інститут запобіжних заходів створює умови, надає можливість у майбутньому всебічно, об'єктивно й повно розглянути справу по суті, а інститут забезпечення позову – створює умови для належного виконання рішення господарського суду, яке набрало законної сили. Мета забезпечення позову – гарантувати

належне і правильне виконання рішення господарського суду, запобіжні ж заходи є профілактичними, здійснюються з метою попередження порушень прав та усунення перешкод для здійснення цих прав [3]. Отже, зазначені правові інститути різняться метою їх застосування. Однак, слід врахувати і той факт, що вжиття господарським судом запобіжних заходів, особливо накладення арешту на майно, не тільки створює умови для розгляду справи по суті та винесення справедливого рішення господарським судом, а й створює умови для належного виконання рішення господарського суду. На думку автора цієї статті, як мета інституту запобіжних заходів – усунути перешкоди для здійснення прав суб'єктів господарювання, так і мета забезпечення позову – гарантувати належне і правильне виконання рішення господарського суду, є проміжними (етапними) в досягненні основної мети – здійснити захист прав суб'єкта господарювання. Відтак, інститут запобіжних заходів та інститут забезпечення позову слугують одній меті, яка й дає підстави для пошуку спільної процедури їх застосування.

Як впливає із змісту ч.3 ст. 43-3 ГПК України заява про вжиття запобіжних заходів подається до подачі позовної заяви, а запобіжні заходи вживаються до відкриття провадження у господарській справі. Після ж подання позовної заяви запобіжні заходи діють як заходи забезпечення позову, що й підкреслює Т.В. Степанова [4]. Отже, до відкриття провадження в справі господарський суд застосовує лише запобіжні заходи, а після відкриття – засоби забезпечення позову. При цьому, як зазначає О.М. Роїна, вжиття заходів забезпечення позову допускається в будь-якій стадії провадження у справі, якщо невжиття таких заходів може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення господарського суду [5]. Слід зауважити, що господарський суд з метою збереження доказів має право витребувати докази або ж накласти арешт на майно і після подачі позовної заяви. Відтак, попри існуючі особливості існує правовий зв'язок між запобіжними заходами та заходами забезпечення позову. Пропонується розглядати запобіжні заходи та заходи забезпечення позову як два види

забезпечувальних заходів. При цьому метою застосування забезпечувальних заходів першого виду має бути створення умов для всебічного та об'єктивного розгляду справи по суті, а метою забезпечувальних заходів другого виду – створення умов для належного виконання рішення господарського суду.

Згідно ст. 43-2 ГПК України законодавець до видів запобіжних заходів відносить: 1) витребування доказів; 2) огляд приміщень, в яких відбуваються дії, пов'язані з порушенням прав; 3) накладення арешту на майно, щодо якої вжито запобіжні заходи, і знаходиться в неї або в інших осіб. Відповідно до ст. 67 ГПК України заходами забезпечення позову є: 1) накладення арешту на майно або грошові суми, що належать відповідачу; 2) заборона відповідачу вчиняти певні дії; 3) заборона іншим особам вчиняти дії, що стосуються предмета спору; 4) зупинення стягнення на підставі виконавчого документа або іншого документа, за яким стягнення здійснюється у безспірному порядку. Порівнявши ці два переліки не важко помітити подібність зазначених заходів або ж їх часткове дублювання. Крім цього слід звернути увагу й на той факт, що не всі речові, а іноді й письмові докази, які знаходяться у відповідача чи третіх осіб можна витребувати, а відтак як запобіжні заходи або ж забезпечувальні заходи першого виду могли б слугувати й заборона відповідачу або іншим особам вчиняти певні дії, що стосуються предмета спору, які віднесені законодавцем лише до заходів забезпечення позову і як запобіжні заходи, якщо виходити із вимог чинного ГПК України, не можуть бути застосовані. На практиці, як зазначає Н.В. Іванюта, перелік заходів забезпечення позову є дещо ширшим, ніж встановлені ГПК України, оскільки господарські суди застосовують ще й заходи, встановлені деякими законодавчими актами [6]. Автор підтримує пропозицію Картузова М.Ю. об'єднати зазначені заходи в одну категорію «забезпечувальні заходи» [7] та пропонує єдиний список забезпечувальних заходів, до складу якого включити: 1) витребування доказів; 2) огляд приміщень, в яких відбуваються дії, пов'язані з порушенням прав; 3)

заборона відповідачу та іншим особам вчиняти дії, що стосуються предмета спору; 4) накладення арешту на майно або грошові суми, що належать відповідачу і знаходиться в нього або в інших осіб; 5) зупинення стягнення на підставі виконавчого документа або іншого документа, за яким стягнення здійснюється у безспірному порядку. Звичайно ж, що цей перелік забезпечувальних заходів може бути розширений законодавцем, в тому числі й шляхом запозичення із міжнародних правових норм, зокрема країн Європейського Союзу. Віднесення ж того чи іншого забезпечувального заходу до першого чи другого виду, або ж до обох видів одночасно, заслуговує, на думку автора, на окреме дослідження, основним же критерієм поділу має стати мета його застосування, яку й визначатиме суд. Крім цього слід зазначити, що термін «забезпечувальний захід» вже тривалий час використовується не лише науковцями, а й в міжнародних правових документах, зокрема в Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ ООН від 15 червня 1976 року в редакції 2010 року та в Типовому законі ЮНСІТРАЛ в редакції 2006 року. Деякі держави світу вже перейняли до свого законодавства положення Типового закону ЮНСІТРАЛ [8].

Слід зазначити, що інститут забезпечення позову відомий ще з часів римського приватного права, постійно вдосконалювався відповідно до розвитку як матеріальних, так і процесуальних правовідносин. Інститут запобіжних заходів є досить новим, він запроваджений до чинного господарського процесуального законодавства України лише в 2003 році, а відтак потребує вдосконалення ще протягом тривалого часу. На недосконалість процедури застосування забезпечувальних заходів неодноразово звертали увагу в своїх працях ряд науковців, однак на окрему увагу заслуговує позиція Н.О. Абрамова. Порівнявши забезпечувальні заходи із заходами забезпечення позову зазначений науковець дійшов висновку, що не потрібно було вводити у господарський процес додаткову стадію вжиття запобіжних заходів, оскільки це ускладнює, затягує та здорожчує процес, забезпечувальні ж заходи, які здійснюються до прийняття позовної заяви до

провадження, отримують певну не процесуальність. Відтак Н.О. Абрамов пропонував відмовитися від інституту запобіжних заходів, доопрацювавши при цьому інститут забезпечення позову [9]. На думку ж Картузова М.Ю. інститут запобіжних заходів має величезний потенціал як із погляду забезпечення прав суб'єктів господарювання на судовий захист, так і з позиції медіаційної функції господарського процесу, хоча натомість механізм застосування запобіжних заходів не досліджено з погляду його дієвості, ефективності та прогресивного значення [10]. На думку автора, позиція зазначеного науковця щодо виконання запобіжними заходами медіаційної функції в господарському процесі є дискусійною, а з тим, що забезпечувальні заходи можуть надати додатковий судовий захист у забезпеченні прав суб'єктів господарювання варто погодитись, тому не слід поспішати відмовляти від інституту запобіжних заходів взагалі. При цьому доцільно мінімізувати негативні явища, на які цілком справедливо звертає увагу Н.О. Абрамов, а саме ускладнення та затягування господарського процесу.

З метою надання запобіжним заходам належної процесуальності пропонується застосовувати їх в межах господарського процесу, після подання позовної заяви та відкриття провадження, тобто на стадії підготовки справи до судового розгляду. На думку автора, не варто подавати окрему заяву про вжиття запобіжних заходів, регламентовану ст. 43-3 ГПК України, у разі потреби застосування запобіжних заходів вимога та необхідність їх застосування можуть бути обґрунтовані в самій позовній заяві. Якщо ж позивач відповідну позовну заяву у встановлений строк не подає, або ж позивачем не дотримуються інші вимоги, передбачені ст. 62 та ст. 63 ГПК України, то згідно ст. 43-9 ГПК України запобіжні заходи припиняються. У випадку ж зазначення клопотання про застосування запобіжних заходів у позовній заяві відпадає потреба у її скасуванні із цих підстав. Винесення ж судом ухвали про вжиття запобіжних заходів можливе й після прийняття судом ухвали про відкриття провадження, тобто в межах господарського процесу. Слід зауважити, що у випадку обґрунтованої вимоги заявника про

розгляд клопотання про вжиття запобіжних заходів без повідомлення особи, щодо якої просять вжити запобіжні заходи, є також можливим, при цьому суд, дійшовши такого висновку на стадії відкриття провадження, має про це зазначити в ухвалі про відкриття провадження та призначити розгляд клопотання заявника без повідомлення особи, щодо якої просять вжити запобіжні заходи. У випадку прийняти судом ухвали про вжиття запобіжних заходів відповідачу може бути надано її разом із ухвалою про відкриття провадження.

Серед науковців точаться дискусії відносно повноважень Міжнародного комерційного арбітражного суду та Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України щодо примусового вжиття запобіжних заходів. Як зазначає Г.А. Цірат, існує два основних підходи щодо процедури вжиття запобіжних заходів міжнародним комерційним арбітражним судом: перший – рішення про вжиття примусових запобіжних заходів має право прийняти тільки державний суд, а у сторін спору, який розглядається або має бути розглянутий у комерційному арбітражі, існує право звернутися до державного суду із заявою про вжиття забезпечувальних заходів; другий – полягає в тому, що самим третейським судам (міжнародному комерційному арбітражу) надається право застосовувати забезпечувальні заходи шляхом ухвалення відповідних актів, які можуть бути визнані та приведені до виконання шляхом звернення до державних судів і отримання від них екзекватури [11]. Аргументи прибічників першого підходу, що застосування запобіжних заходів має бути обмежене компетенцією державних судів, оскільки запобіжні заходи є заходами, які мають публічний характер і пов'язані з установленням обмежень суб'єктивних прав осіб [12]. На думку автора, правовідносини між суб'єктами господарювання є приватно-правовими, крім цього в господарських правовідносинах допускаються обмеження суб'єктивних прав осіб, а відтак позиція про публічний характер запобіжних заходів є дискусійною. Слід зазначити, що існує два способи застосування

забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі: диспозитивний та імперативний. Як зазначає Ю.Д. Притика, диспозитивний спосіб застосування забезпечувальних засобів характеризується тим, що арбітражний суд може застосовувати їх самостійно, але вони поширюються виключно на сторони арбітражного розгляду, не забезпечуються примусовою силою держави та добровільно виконуються сторонами [13]. Отже, у випадку відсутності застосування примусу державою міжнародний комерційний арбітраж в Україні наділяється правом на прийняття рішення про застосування запобіжних заходів. Крім цього, як підкреслює Г.А. Цірат на підставі аналізу статті 17Н Типового закону ЮНСІТРАЛ, забезпечувальний захід, прийнятий третейським судом, є обов'язковим та має приводитися до виконання при зверненні до компетентного суду незалежно від держави [14]. Тобто, спеціалізована в царині міжнародного комерційного арбітражу поважна світова організація рекомендує все ж таки надавати право міжнародному комерційному арбітражу приймати рішення про застосування забезпечувальних заходів. Як зазначає Ю.Д. Притика, в ряді країн, зокрема в Великобританії та Нідерландах, арбітри наділені правом застосовувати забезпечувальні заходи [15]. Тобто, існує перевірений роками досвід, коли арбітри наділені правом приймати рішення про застосування забезпечувальних заходів. На думку автора, в Україні арбітрам комерційного арбітражного суду варто надати право приймати рішення про вжиття забезпечувальних заходів із подальшою їх ексекватурою в державному суді, за умови, що будуть застосовуватися лише ті забезпечувальні заходи, які визначені чинним господарським процесуальним законодавством України.

Виходячи із вищезазначеного, автор вважає за можливе зробити наступні висновки:

1. Інститут запобіжних заходів та інститут забезпечення позову слугують одній меті – здійснення судом захисту прав суб'єкта господарювання, а тому слід підтримати позицію науковців щодо об'єднання

зазначених заходів в одну категорію «забезпечувальні заходи». При цьому пропонується розглядати запобіжні заходи як забезпечувальні заходи першого виду, а заходи забезпечення позову – другого виду.

2. З метою надання запобіжним заходам належної процесуальності пропонується застосовувати їх в межах господарського процесу, після подання позовної заяви та відкриття провадження, тобто на стадії підготовки справи до судового розгляду. У випадку наявності обґрунтованої вимоги заявника про розгляд клопотання про вжиття запобіжних заходів без повідомлення особи, щодо якої просять вжити запобіжні заходи, суддя господарського суду повинен зазначити про це в ухвалі про відкриття провадження та призначити розгляд клопотання заявника без повідомлення особи, щодо якої просять вжити запобіжні заходи.

3. Слід підтримати позицію науковців про надання в Україні арбітрам комерційного арбітражного суду права приймати рішення про вжиття забезпечувальних заходів із подальшою їх екзекватурою в державному суді.

1. *Резнікова В.В.* Господарсько-процесуальне право України. Курс лекцій / В.В. Резнікова. – Хмельницький, 2011. – С. 86-91. 2. *Притика Ю.Д.* Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі / Ю.Д. Притика // Право України. – 2011. – № 1. – С. 140. 3. *Резнікова В.В.* Цит. праця. – С. 86-88. 4. *Степанова Т.В.* Хозяйственный процесс Украины в схемах: учебное пособие. – изд. 4-е, обновл. и дополн. / Т.В. Степанова. – Одесса: Атлант, 2012. – С. 77. 5. *Роїна О.М.* Господарський процес: практичний посібник / О.М. Роїна. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – С. 74. 6. *Іванюта Н.В.* Забезпечення позову в господарському судочинстві: монографія / Н.В. Іванюта. – Донецьк: Юго-Восток, 2013. – С. 69-71. 7. *Картузов М.Ю.* Запобіжні заходи в господарському процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право / М.Ю. Картузов. – Одеса, 2010. – С. 14. 8. *Гончаренко О.М.* Міжнародний комерційний арбітраж / О.М. Гончаренко. – Ніжин, 2014. – С.102. 9. *Абрамов Н.А.* Обновленный Хозяйственный процесс Украины: Учебное пособие (курс лекций). Издание 3-е, обновленное и дополненное / Н.А. Абрамов. – Харьков: Бурун книга, 2012. – С. 95. 10. *Картузов М.Ю.* Цит. праця. – С. 1. 11. *Цірат Г.А.* Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі: стан та перспективи законодавчого врегулювання в Україні // Міжнародний арбітраж в Україні та в світі: доктрина і практика: науково-практичний круглий стіл / за ред. О.Д. Крупчана. – К., 2010. – С. 46-47. 12. *Картузов М.Ю.* Цит. праця. – С. 14. 13. *Притика Ю.Д.* Цит. праця. – С. 142. 14. *Цірат Г.А.* Цит. праця. – С. 47. 15. *Притика Ю.Д.* Цит. праця. – С. 142.

Розширена анотація

No performance or improper performance of one of the parties conditions of a business agreement leads to what entities are forced to seek protection of their rights both in international commercial arbitration and economic courts in Ukraine. However, the lack of evidence courts can not make a positive decision in favor of the victim, even making a positive decision by the courts are not the proper protection of the rights identical entities. That claim and provide appropriate evidence reclamation act rights protection entities. Therefore, there is need for improvement of existing and introduction of new interim procedures and practice of resolving commercial disputes.

It should be noted that the domestic legislator delineates procedures to take precautions and secure a claim. Of course there are some differences between the procedure for taking precautions and procedures to ensure the claim, but it is not an obstacle to consider these procedures as the types of security procedures in the economic process. As the purpose of the institute preventive measures - to eliminate obstacles to the rights of economic entities and the goal of action - to ensure adequate and proper execution of economic court, is intermediate in achieving the main goal - to make the protection of human entity. In addition, after filing a claim precautionary measures act as measures of claim. The author supports the position of scientists to merge these activities into a single category of "interim measures". It is proposed to consider the precautions and measures to ensure the claim as two types of security measures: preventive measures as interim measures first type, and measures to ensure the claim - the second type.

In order to provide adequate safety measures processuality invited to apply them within the economic process, after filing a claim and discovery proceedings ie preparation of the case for trial. According to the author, it is not necessary to submit a separate application for taking precautionary measures when necessary preventive measures demand and the need for their use can be justified in the claim itself. Passing court is ruling on taking precautions possible after the court approval

of the institution, ie within the economic process. It should be noted that in the case justified the applicant's review request to take precautions without notice to the person against whom asked to take precautionary measures are also possible, and the court reached this conclusion on the stage of opening the proceedings should this be noted in the order of opening proceedings and appoint the applicant's examination without notifying the person against whom asked to take precautions. If accepted by the court ruling on taking precautions defendant can be given along with its decision to open proceedings.

Among scholars sustained discussion of the judges regarding international arbitration court to decide on taking precautions. There are two basic approaches to the procedure of taking precautions international commercial arbitration court: first - the decision to take enforcement safety precautions may accept only the state court and the parties to the dispute in question or to be considered in arbitration, there is a right to appeal to the state court the application for interim measures; the second - is that international commercial arbitration is entitled to apply interim measures by adopting appropriate regulations that can be found and brought to execution by an appeal to the state courts and getting them to exequatur. The author is a supporter of the second approach on this issue.