

## РЕАЛІЗАЦІЯ КОМПЕТЕНЦІЇ МІЖНАРОДНОГО АРБІТРАЖУ ЩОДО ВЖИТТЯ ПРОТИПОЗОВНИХ ЗАХОДІВ

### IMPLEMENTATION OF COMPETENCE OF INTERNATIONAL ARBITRATION IN TAKING ACTION AGAINST CLAIM

Фролов О.М.,

*аспірант кафедри господарського права юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Стаття присвячена дослідженню факторів, у разі наявності яких міжнародний арбітраж, зокрема арбітражний суд, місце арбітражу якого знаходиться в Україні, буде компетентним уживати заходи щодо забезпечення позову шляхом заборони стороні арбітражної угоди звертатись до державного суду в порушення дійсної угоди про передачу спорів до арбітражу. Досліджується, у якій формі така протипозовна заборона має бути оформлена, вивчаються наслідки звернення із запитом про вжиття протипозовних заходів на різних стадіях арбітражного розгляду, а також питання доцільності застосування такого виду забезпечувальних заходів і їх ефективності.

**Ключові слова:** протипозовні забезпечувальні заходи, антипозовні забезпечувальні заходи, компетенція, Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України, міжнародний комерційний арбітраж, арбітражний суд, арбітражний трибунал.

Статья посвящена исследованию факторов, в случае наличия которых международный арбитраж, в частности арбитражный суд, место арбитража которого находится в Украине, выносит обеспечение иска путем запрета стороне арбитражного соглашения обращаться в государственный суд в нарушение действительного соглашения про передачу спора в арбитраж. Исследуется, в какой форме такой противоисковый запрет может быть оформлен, изучаются последствия обращения с запросом о вынесении противоисковых мер на разных стадиях арбитражного процесса, а также вопросы целесообразности применения такого вида обеспечительных мер и их эффективности.

**Ключевые слова:** противоисковые обеспечительные меры, антиисковые обеспечительные меры, компетенция, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины, международный коммерческий арбитраж, арбитражный суд, арбитражный трибунал.

This article takes a close look at circumstances that empower arbitral tribunal, in particular arbitral tribunal which place of seat is Ukraine, to grant anti-suit injunctions against a party to an arbitration agreement in violation of a valid agreement to arbitrate. The author analyses the forms in which tribunal-ordered anti-suit injunctions are issued, consequences of filing a request for anti-suit injunctions at different stages of arbitral proceedings as well as issues of advisability and effectiveness of this type of interim measures.

**Key words:** anti-suit injunctions, jurisdiction protection measures, competence, International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, international commercial arbitration, arbitral tribunal.

**Актуальність теми.** Відсутність стандартів або, як їх ще іноді називають, «тестів», які мають застосовуватись арбітрами під час вирішення клопотань про вжиття протипозовних забезпечувальних заходів у регламентах постійно діючих арбітражних установ, що найчастіше використовуються користувачами послуг міжнародного арбітражу, у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» і типових арбітражних угодах вимагає детального дослідження обставин і факторів, у разі настання яких арбітражний суд може заборонити стороні арбітражної угоди, яка намагається унеможливити ефективно вирішення суперечки арбітражним судом, звертатись із позовом до державного суду або зобов'язати таку сторону припинити арбітражне провадження, порушене всупереч дійсній арбітражній угоді.

Стаття є логічним продовженням статті Фролова О. «Компетенція міжнародного арбітражу щодо вжиття протипозовних заходів», у якій було доведено наявність компетенції арбітражного суду, місцем арбітражу якого є Україна, уживати такий вид забезпечувальних заходів, як заборона стороні арбітраж-

ної угоди звертатись до державного суду в порушення дійсної угоди про передання спорів до арбітражу.

Вітчизняні вчені, на жаль, не ще не приділили достатньої уваги дослідженню проблем реалізації компетенції щодо вжиття протипозовних заходів щодо забезпечення позову. Єдиним винятком, відомим авторові статті, є І. Назарова [6], котра досліджувала способи самозахисту арбітражного суду, зокрема шляхом винесення протипозовних наказів стороні арбітражної угоди, яка чинить перепони арбітражу.

Іноземні вчені приділили цьому питанню набагато більше уваги. Дослідженням реалізації компетенції міжнародного арбітражу щодо вжиття протипозовних забезпечувальних заходів займались Е. Бохм [6], Г. Борн [7], Д. Бунні [8], Д. Л'ю, Л. Містеліс, С. Кролл [9], Н. Екр [12], С. Фалконер [13], П. Фущар [14], П. Фрідланд [15], Е. Гайар [16; 17], Д. Джо-зеф [21], П. Каррер [22; 23], Т. Ландау [24], Л. Левю [26], Р. Молоо [28], О. Моссіман [29], А. Редферн, М. Хантер, Н. Блакабі, К. Паргасідес [30], М. Шерер [33], М. Вірф [34] та ін.

Автор має на меті дати відповіді на запитання: коли вжиття протипозовних забезпечувальних заходів

є обґрунтованим і де арбітри мають віднайти стандарти, на які вони будуть орієнтуватись, з'ясовуючи, підлягає клопотання сторони про вжиття задоволення чи ні. Також автор ставить перед собою завдання встановити інші фактори, які арбітри мають брати до уваги під час розгляду клопотання про вжиття протипозовних забезпечувальних заходів.

**Виклад основного матеріалу.** 1. Критерії допустимості протипозовних заходів:

### 1.1. Загальний огляд.

Немає сумнівів у тому, що для обґрунтованого рішення арбітрів щодо застосування протипозовних заходів необхідний особливий тест [33, с. 46] або, як у свій час зазначив один автор, «[п]рийняття забезпечувальних заходів не є повноваженням арбітражу, що здійснюється на його розсуд або довільно, натомість мусить відповідати принципам стандартів і підтверджуватися доказами» [7, с. 2503; 26, с. 124]. Звідси постає питання: звідки арбітри можуть віднайти такі стандарти, якщо ні арбітражна угода, ні регламент арбітражної інституції, ні національний арбітражний закон (*lex arbitri*) не містять жодних чітких указівок або вимог, якими варто було б керуватися?

Такі стандарти, на думку автора, можна віднайти в попередній арбітражній практиці й науковій літературі. З арбітражною практикою, однак, є дві складності. По-перше, за незначними винятками, арбітражні рішення не публікуються. По-друге, у міжнародному арбітражі відсутня доктрина обов'язковості прецедентів, так що попередні рішення не мають обов'язкової сили для подальших справ, навіть у межах однієї й тієї самої арбітражної інституції. За таких обставин може стати в нагоді практика державних судів, яка хоча й не є обов'язковою, проте є поширенішою, і ми не бачимо жодної причини, з якої арбітражні трибунали не могли б запозичити аргументацію, застосовану в судових рішеннях.

Що ж стосується наукової літератури, то серед авторів немає згоди щодо вимог, виконання яких має продемонструвати сторона, що просить прийняття протипозовної заборони [15, с. 268, 270; 23, с. 106; 26, с. 124; 28, с. 699; 29, с. 109; 10, с. 914]. На думку Л. Левю, арбітри мають бути переконані в тому, що ці заходи «є невідкладними, мають на меті відвернення непоправної шкоди або необхідні, щоб полегшити звернення до виконання очікуваного арбітражного рішення» [26, с. 125]. Е. Гайяр зазначає, що такі обставини включають, але не обмежуються необхідністю або невідкладністю засобу захисту, а також ризиком сторони зазнати непоправної шкоди [16, с. 264–265]. Ще один коментатор із-поміж умов прийняття протипозовної заборони зазначає неминучу шкоду, ризик ескалації спору, а також невідкладність [13, с. 193].

Науковці подекуди зазначають, що арбітри повинні приймати протипозовні заборони лише коли одна зі сторін вчинила шахрайство або в інший спосіб замішана в незаконній поведінці, що має на меті зрив домовленостей, яких сторони досягли в арбітражній угоді [26, с. 126].

### 1.2. Наявність «очевидної компетенції».

Арбітражний трибунал насамперед повинен установити власну компетенцію щодо спору. Якщо заява про вжиття протипозовної заборони надійшла до того, як було прийняте рішення щодо компетенції, або якщо не був сформований склад арбітражного суду, заявник повинен продемонструвати наявність щонайменше так званої «очевидної компетенції».

Щоб обґрунтувати наявність компетенції або очевидної компетенції, трибунал повинен спочатку дійти висновку, що предмет спору, який розглядається в паралельному судовому провадженні, охоплюється предметом арбітражної угоди сторін, а вимоги в обох провадженнях є ідентичними або принаймні схожими [29, с. 114–115]. У літературі іноді висловлюються думки про те, що предмети спорів у паралельних провадженнях мають бути тотожними [12, с. 220; 29, с. 114; 33, с. 46]. Такі погляди, однак, не беруть до уваги ту обставину, що предмети позовів, заявлених у межах арбітражного провадження й судового провадження, розпочатого в порушення арбітражної угоди, можуть і не бути повністю ідентичними, але судове провадження може дублювати арбітражне лише певною мірою [29, с. 115; 33, с. 46]. Крім того, можуть не бути тотожними і сторони арбітражного й судового проваджень. Навпаки, паралельні провадження зазвичай не тотожні, а протилежні: наприклад, в арбітражі розглядається позов про стягнення боргу за договором, а в зарубіжному суді – позов боржника про визнання цього самого договору недійсним.

### 1.3. Порушення арбітражної угоди.

Своєю поведінкою сторона повинна порушувати арбітражну угоду [12, с. 229; 15, с. 270; 18, с. 314; 26, с. 126, 128; 27, с. 68]. У цьому стосунку від арбітражу будуть вимагатись заходи, спрямовані на захист арбітражного провадження [26, с. 123, 128], а також його недоторканності [16, с. 264]. Разом із тим не всі провадження, ініційовані в зарубіжних судах, можна вважати посяганням на арбітражну угоду.

По-перше, у тих випадках, де арбітражна угода не містить домовленості сторін щодо виключних повноважень арбітражу на вжиття забезпечувальних заходів, звернення до державного суду із заявою про вжиття таких забезпечувальних заходів саме по собі не вважатиметься порушенням арбітражної угоди, хоча й може вважатися таким, якщо від суду запитується «протиарбітражна заборона» або інший засіб захисту, що «вирішує наперед спір, переданий на розгляд арбітражу» [33, с. 46].

Далі існування повноважень арбітрів такого роду ще не означає, що у відповідь на кожне звернення з позовом, предмет якого охоплюється арбітражною угодою, до державного суду повинна прийматися протипозовна заборона [12, с. 221; 16, с. 263; 26, с. 124]. Натомість протипозовна заборона виправдана лише в тих випадках, де судове провадження було ініційоване в порушення дійсної арбітражної угоди, а збитки, завдані внаслідок порушення, не можуть бути компенсовані в інший спосіб. Зовсім не обов'язково, що державний суд, до якого звернулися зі спором,

предмет якого охоплюється арбітражною угодою, ставитиметься вороже до арбітражу. Навпаки, суд може з повагою поставитися до власних зобов'язань згідно зі ст. II (3) Нью-Йоркської конвенції й «відправити сторони до арбітражу», наскільки це можливо за обставин справи [11].

#### 1.4. Заподіяння непоправної шкоди.

Протипозовні заходи мають на меті запобігти невідворотній або непоправній шкоді, якої невинна сторона може зазнати внаслідок судового провадження, що має на меті зірвати арбітражний розгляд, чи відвернути її [12, с. 220; 15, с. 270, 281; 16, с. 265; 26, с. 125]. Непоправна шкода може бути завдана заявникові тоді, коли така шкода не зможе бути відшкодована в разі відмови в задоволенні заяви про вжиття протипозовних заходів [8, с. 589].

До ситуацій, за яких паралельне судове провадження може завдати непоправної шкоди, входить ризик розголошення комерційної таємниці або іншої конфіденційної інформації [12, с. 220; 29, с. 121–122; 34, с. 37]. Так, у справі № 240/93, що розглядалась арбітражним судом при Торговій палаті міста Цюріха, арбітражний трибунал прийняв протипозовну заборону на тій підставі, що заявник міг бути підданий процедурі розкриття доказів, які «становили б секретну інформацію з погляду бізнесу, доступ до якої отримають сторона, що бажає звільнити себе від власних договірних зобов'язань, конкуренти й інші треті особи» [16, с. 254–255]. Тому захист такої інформації, що потребувала особливого поводження, міг бути забезпечений лише за умови припинення паралельного судового провадження, розпочатого в порушення дійсної арбітражної угоди [29, с. 119].

Загалом важко побачити ознаки непоправної шкоди [15, с. 270] в ситуації, де єдиним негативним наслідком для сторони, що не порушила арбітражну угоду, є збільшення часу арбітражного розгляду [8, с. 590], збільшення витрат, а також ескалація спору [12, с. 220]. Деякі автори дотримуються протилежного підходу [8, с. 590; 26, с. 121]. На нашу думку, ці негативні наслідки паралельного провадження можуть бути виправлені шляхом відшкодування збитків. Разом із тим за наявності очевидної нерівності фінансових можливостей сторін – на перевагу сторони, що порушує арбітражу угоду, прийняття протисудової заборони буде виправдане.

#### 1.5. Невідкладність.

Далі сторона, яка звертається за протипозовним заходом, повинна звертатися за ним негайно, в іншому разі арбітражний суд може відмовити в наданні такого заходу на тій підставі, що звернення не відповідає критерію негайності або що паралельне провадження уже знаходиться на кінцевому етапі. Водночас запит до арбітражного суду про надання протипозовного заходу не може вважатися запізним, якщо заявник висував спочатку в паралельному провадженні, відповідно до Статті II (3) Нью-Йоркської Конвенції, заперечення проти судового розгляду справи, яка насправді підлягає розгляду в арбітражі, для того щоб не подавати спір на розгляд некомпетентного суду. Навпаки, арбітражний суд

повинен установити, що заявник заперечував проти юрисдикції цього суду на підставі існування дійсної арбітражної угоди. Якщо заявник ще не висунув заперечення проти арбітражного розгляду або не висунув його протягом терміну, установленого процесуальними правилами суду, то дуже маловірогідно, що вимога щодо терміновості або обов'язкової наявності правомірного інтересу в отриманні протипозовного заходу взагалі буде виконана.

Існує думка, що у випадках особливої терміновості питання запобіжного заходу, виданого без участі однієї зі сторін (*ex parte*), може бути виправданим [12, с. 220; 29, с. 117]. Ми погоджуємося з тим, що, якщо заявник може продемонструвати, що він не може чекати, поки сторона, проти якої просять застосувати забезпечувальний захід, представить свою позицію, протипозовний захід може бути виправданим. Щоб уникнути порушення права сторони на те, щоб «бути почутою», після того як наказ про провадження *ex parte* винесений, сторони, щодо якої був застосований такий захід, має бути надано можливість представити свою позицію. Після цього арбітражний суд повинен переглянути аргументи обох сторін і вирішити, затвердити, змінити чи скасувати протипозовний захід [29, с. 117]. Така схема, наприклад, використовується у Швейцарському регламенті міжнародного арбітражу, ст. 43 (8) якого встановлює, що «[б]удь-який захід забезпечення, прийнятий надзвичайним арбітром, може бути змінений, призупинений або скасований надзвичайним арбітром або складом арбітражу після передання йому справи» [32].

#### 1.6. Баланс інтересів і пропорційність.

Ще одна передумова прийняття протипозовної заборони – це її пропорційність [12, с. 220; 26, с. 125], яка ще іноді називається «необхідність» [16, с. 265]. До того, як протипозовну заборону буде прийнято, арбітражний трибунал має ретельно дослідити співвідношення переваг охорони інтересів заявника й потенційної шкоди від таких заходів [29, с. 120]. На думку науковців, така шкода включає втрату стороною права на висунення позову в державному суді [26, с. 123].

Але потенційна шкода для однієї зі сторін – це ще не все. Як напрочуд влучно відзначив П. Фушар, прийняття протипозовної заборони «неминуче призводить до ескалації спору й розпорошує спір поміж різними форумами; майже за визначенням, вони зазіхають на юрисдикцію іншого суду в екстратериторіальний спосіб [...] Протипозовні заборони не можуть вітатися в жодному типі судового провадження. У контексті міжнародного арбітражу вони становлять навіть більшу незручність» [14, с. 153].

Важко не погодитися з тим, що протипозовні заборони можуть лише додати пального до палаючого багаття, що матиме наслідком збільшення вартості арбітражного провадження, розосередження спору між різними форумами, виникнення додаткових затримок або навіть суперечливих розпоряджень [15, с. 267; 16, с. 231; 22, с. 230; 27, с. 67]. На практиці це може призвести до результату, що відрізняється від шляхетної мети протипозовних заходів – полег-

шення арбітражного розгляду. Національний суд, компетенція якого суперечить протипозовній забороні, може в межах доктрини репресалій видати протипозовну заборону (“anti-arbitration injunction”), що в цьому контексті іноді має назву «протипозовна заборона» (“anti-anti-suit injunction”).

За таких обставин до протипозовних заборон може сформуватися ставлення як до необхідного зла, що здатне запобігти ще більшому злу, але, зрештою, як до чогось, чого варто уникати, якщо тільки буде така можливість.

## 2. Стадія провадження, на якій протипозовна заборона запитується

Заява про прийняття протипозовної заборони може бути подана після того, як арбітражний суд прийняв рішення щодо юрисдикції. Відповідно до вищевказаного, більшість учених підтримують точку зору, що арбітражний суд має компетенцію видавати протипозовні заборони, як тільки прийме рішення щодо власної компетенції: «... як тільки встановлено наявність арбітражної угоди, що є дійсною, і спір відноситься до предмета такої угоди, не може бути жодного сумніву, що процесуальна поведінка однієї зі сторін, яка полягає в ініціюванні паралельного судового провадження, є такою, що порушує положення арбітражної угоди і юрисдикцію арбітражного суду, і має бути покарана» [16, с. 265–266].

Деякі вчені посідають позицію, згідно з якою компетенція арбітражного суду надавати вказівки сторонам арбітражної угоди щодо утримання від вчинення дій, які можуть будь-яким чином порушувати його юрисдикцію, може бути реалізована не лише після того, як прийнято рішення щодо компетенції та наявності дійсної арбітражної угоди, предмета якої стоується спір, а й перед вирішенням указаних питань [12, с. 229; 16, с. 265; 29, с. 110–111]. У такому випадку арбітражний суд діятиме в межах компетенції, наданої арбітражною угодою [17, с. 214].

Може бути інший сценарій: сторона намагається звести під укіс арбітражне провадження, що триває, або потенційне арбітражне провадження та з цією метою подає позов щодо спору, який охоплюється обсягом арбітражної угоди, до національного суду або ж відразу після того, як було подано запит на відкриття арбітражного провадження, або навіть до цього. У такому випадку сторона, інтереси якої порушено внаслідок порушення арбітражної угоди, може лише спробувати отримати протипозовні заходи (“anti-suit relief”) у національних судах, оскільки арбітражний суд за певних обставин може не мати компетенції приймати рішення щодо тимчасових заходів до моменту свого остаточного формування [29, с. 98].

З метою реагування на подібні випадки значна кількість інституційних правил були переглянуті на предмет того, щоб передбачити процедуру можливого отримання термінового заходу. Наприклад, Правила Міжнародної торгової палати 2012 р. передбачають, що «сторона, яка має потребу в отриманні термінового забезпечувального заходу, має право звернутися з заявою щодо таких заходів» до Секре-

таріату Арбітражного Суду МТП, президент якого згодом призначає термінового арбітра протягом двох днів [4; 5, додаток II, ст. 31; 19, ст. 29, додаток V; 20, ст. 6; 25, ст. 9B; 32, ст. 43]. Незважаючи на вагання, що мають місце в академічній літературі, щодо доцільності й фактичного існування надзвичайних арбітрів і їхньої компетенції приймати подібні накази [7, с. 2521], на нашу думку, ніщо не заважає надзвичайному арбітрові прийняти рішення щодо таких засобів захисту. Водночас існує кілька додаткових вимог, які сторона, що звертається із заявою про отримання термінових тимчасових заходів, має дотриматися: така сторона має довести, що видача протипозовної заборони не може бути відкладена в часі до моменту, коли арбітражний суд буде остаточно та в повному обсязі сформовано, а сторони – зв’язані положеннями арбітражної угоди [12, с. 229].

## 3. Зміст і форма арбітражної протипозовної заборони.

На відміну від суддів державних судів, які, як правило, обмежені у виборі виду заходів забезпечення позову процесуальним законом і можуть виносити лише ті заходи забезпечення позову, які передбачені процесуальним законом [1, ч. 12, ст. 67], арбітри міжнародних арбітражних судів зазвичай на власний розсуд можуть не тільки оцінити обґрунтованість прохання про забезпечення позову, а й визначити процесуальну форму протипозовних запобіжних заходів з огляду на обставини конкретної справи.

Тому, якщо тільки арбітражна угода, арбітражний регламент або *lex arbitri* не містять прямої вказівки щодо допустимості окремих видів засобів захисту, арбітр має право на досить широкий розсуд і на додаток до загальнозвичайних судових заборон у вигляді наказу, що забороняє стороні ініціювати паралельне судове провадження [26, с. 124], може видати, наприклад, наказ щодо зобов’язання сторони звернутися з проханням про зупинення провадження відповідно до ст. II Нью-Йоркської конвенції [24, с. 289; 26, с. 117, 119, 124], наказ щодо заборони стороні виконувати рішення, прийняте в порушення дійсної арбітражної угоди, або наказ, що забороняє скасування арбітражного рішення [21, с. 309–310].

Загалом арбітражний суд вправі обирати чи видавати антипозовні запобіжні заходи у формі проміжної ухвали або процесуального наказу залежно від фактів окремої справи та шкідливої поведінки, якій протипозовна заборона має на меті запобігти або яку – припинити [12, с. 222; 16, с. 266; 19, ст. 28 (1)]. Утім, якщо положення арбітражної угоди, регламенту, наприклад, як це встановлюється ст. 26 (2) Швейцарських правил [32], або *lex arbitri* чітко визначають форму засобу захисту від порушення арбітражної угоди [12, с. 222], арбітри зобов’язані діяти відповідно до вказаних положень.

Арбітражні суди мають визначити й уважно проаналізувати переваги та недоліки кожної з форм протипозовної заборони, а також взяти до уваги обставини кожної справи задля того, щоб досягнути задуманого результату – запобігти паралельним провадженням у порушення арбітражної угоди.

Процесуальна форма протипозовної заборони залежить від стадії арбітражного провадження, на якій така заборона запитується. До того, як арбітражний суд не визнав свою юрисдикцію або навіть не сформований, на нашу думку, протипозовна заборона може бути видана лише у формі наказу. Після того як арбітри визнали свою юрисдикцію, наказ може бути переглянутий і виданий у формі ухвали.

Також має значення період, на який видається протипозовна заборона. Якщо заборона вживається тимчасово, то це може бути зроблено у формі ухвали або наказу. Утім, якщо заборонний наказ – постійний, бажано його приймати у формі рішення [29, с. 95]. Терміновість може бути одним із факторів на користь процесуального наказу, оскільки його, на відміну від рішення, наказ можна прийняти без розгорнутого обґрунтування [12, с. 222; 29, с. 161].

Насамкінець варто зазначити, якщо передбачається звернення протипозовної заборони до виконання за межами юрисдикції – місцем арбітражу, то рішення є кращим варіантом, оскільки судові накази, як правило, не підпадають під визначення «рішення» згідно зі статтею I (1) Нью-Йоркської конвенції й тому не можуть бути звернені до виконання на підставі вказаного міжнародного акта.

#### 4. Арбітражна чи судова протипозовна заборона? Питання доцільності.

Досить часто в літературі висловлюється думка, що протипозовні запобіжні заходи, які вживаються арбітражами, є менш ефективними, ніж ті, які вживаються державними судами [7, с. 2446]. По-перше, арбітражний суд, на відміну від державного суду, не має компетенції приймати рішення щодо будь-яких запобіжних заходів, у тому числі протипозовних запобіжних заходів, щодо осіб, які не є сторонами арбітражної угоди [7, с. 2445; 9, с. 610; 26, с. 121; 28, с. 696; 29, с. 144; 30, с. 446; 31, с. 216]. Разом із тим паралельне провадження, що має на меті саботаж арбітражного розгляду, може розпочатися за позовом особи, що не є стороною арбітражної угоди [6; 2; 3], причому саме з тих міркувань, щоб формально такий позов не охоплювався арбітражною угодою. У подібних випадках, якщо серйозно замислюватися над отриманням протипозовної заборони, звернення до державного суду є безальтернативним.

Звернення до державного суду є також виправданим, коли є достатні підстави вважати, що протисудову заборону, установлену арбітражем, неможливо буде примусово виконати в зарубіжній юрисдикції. У такому разі ухвала державного суду буде позбавлена ознак, із якими пов'язується неможливість виконання арбітражного рішення про встановлення протипозовної заборони.

Водночас, попри очевидні переваги кооперації з державними судами (особливо з іноземними), арбітражні протипозовні заборони залишаються ефек-

тивним і значною мірою самодостатнім засобом захисту, оскільки в самого арбітражу є важелі впливу на сторону, здатні забезпечити дотримання протипозовної заборони. Так, невиконання протипозовної заборони є підставою для арбітражного суду накладати стягнення на непокірну сторону, якщо національне арбітражне законодавство передбачає подібні стягнення, або ж арбітражний суд може видати наказ щодо сторони-порушника відшкодувати іншій стороні будь-які суми, присуджені в паралельних провадженнях, ініційованих у порушення угоди щодо передання спору на розгляд до арбітражного суду.

Ураховуючи викладене, можна зробити такі **висновки:**

1. Ужиття протипозовних заходів не належить до повноважень арбітражу, що здійснюються на його вільний розсуд.

2. Арбітраж, який розглядає клопотання про вжиття протипозовних заходів, насамперед має пересвідчитися в наявності очевидної (*prima facie*) юрисдикції. Далі арбітраж повинен переконатися в тому, що має місце порушення арбітражної угоди з боку відповідача, наприклад, у вигляді несумісного з арбітражною угодою позову.

3. Арбітраж не може вжити протипозовних заходів за обставин, коли шкода від паралельного провадження, якої зазнають (або можуть зазнати) сторони арбітражного провадження, може бути справедливо компенсована арбітражним рішенням про відшкодування збитків у цьому самому арбітражному провадженні. Шкода від паралельного провадження має бути дійсно непоправною.

4. Протипозовні заходи можуть бути вжиті за умови, якщо вони є невідкладними. У будь-якому разі такі заходи мають бути пропорційними. Під пропорційністю розуміється не лише баланс інтересів позивача та відповідача, а й інші міркування, у тому числі політичні: ризик подальшої ескалації конфлікту, наслідки з погляду судових і арбітражних витрат.

5. Незважаючи на те що, як правило, протипозовні заходи можуть уживатися після того, як арбітраж ухвалить рішення щодо наявності своєї компетенції, у виключних і невідкладних випадках протипозовні заходи можуть бути вжиті раніше – за подібних обставин, що виправдовували б ужиття заходів забезпечення позову.

6. Протипозовна заборона може мати форми ухвали, або наказу арбітражного суду, чи арбітражного рішення, залежно від обставин справи і стадії арбітражного розгляду.

7. Протипозовні заборони, що вживаються державними судами, є розумною альтернативою подібним заходам, які вживаються арбітражем. У деяких випадках, наприклад, коли необхідна заборона щодо особи, яка не є стороною арбітражної угоди, судова протипозовна заборона є майже безальтернативним рішенням.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII [із змінами і доповненнями] [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.
2. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 25.04.2006 // Архів Київського апеляційного господарського суду. – Спр. № 40/242. – Арк. 1–3.

3. Ухвала Господарського суду міста Києва від 19.02.2010 // Архів Господарського суду міста Києва. – Спр. № 6/6419.02.10. – Арк. 1–3.
4. Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre SIAC Rules (5th ed., 1 april 2013) / Administered Cases on Appointment of Arbitrators, Arbitrators' Fees & Financial Management // SIAC = Singapore International Arbitration Centre [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013>.
5. Arbitration Rules, 2010 // Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules\\_eng\\_webbversion.pdf](http://sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf).
6. Böhm E. Anti-Suit Remedies by Arbitrators (or How to Protect the Integrity of Arbitration and the Arbitrators' Jurisdiction) / E. Böhm, I. Nazarova // Croatian Arbitration Yearbook. – 2011. – Vol. 18. – P. 61–76.
7. Born G. International commercial arbitration. [Vol.] 2. International arbitral procedures / G. Born. – Austin : Wolters Kluwer Law et Business, 2014. – XXXVIII, S. 1526–2893.
8. Bunni Nael G. Interim Measures in International Commercial Arbitration: A Commentary on the Report by Luis Enrique Graham / Nael G. Bunni // 50 Years of the New York Convention : [ICCA International Arbitration Congress] / in Albert Jan van den Berg (ed). – Alphen aan den Rijn, 2009. – P. 583–605.
9. Comparative International Commercial Arbitration / Julian DM. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll. – The Hague ; New York : Kluwer Law International ; Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, 2003. – XXXV, 953 p.
10. Comparative Law of International Arbitration / Jean-François Poudret, Sébastien Besson, Stephen Berti, Annette Ponti. – 2nd ed. – London : Sweet & Maxwell, 2007. – XXXIX, 952 p.
11. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the “New York Convention”) // UNCITRAL = United Nations Commission on International Trade Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).
12. Erk N. Parallel proceedings in international arbitration : a comparative European perspective / N. Erk. – Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, [2014]. – XXV, 318 p. : ill. – (International arbitration law library; International arbitration law library).
13. Falconer C. Protective Measures in International Arbitration / Charles Falconer, Amal Bouchenaki // Business Law International / International Bar Association, Section on Business Law. – [London], 2010. – Vol. 11. – № 3. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=E86FF950-A96D-41B4-9A02-D45BCEF144AB>.
14. Fouchard P. Anti-Suit Injunctions in International Arbitration – What Remedies? / P. Fouchard // Anti-suit injunctions in international Arbitration : IAI Seminar, Paris, November 21, 2003 / general ed.: Emmanuel Gaillard. – New York, NY, 2005. – P. 153–157.
15. Friedland P. A Claim for Monetary Relief for Breach of Agreement to arbitrate as a Supplement or Substitute to an Anti-suit Injunction / P. Friedland, K. Brown // International arbitration 2006 : back to basics? : International Arbitration Conference, Montréal, 31 May – 3 June 2006 / A J van den Berg ; Permanent Court of Arbitration. International Bureau ; International Council for Commercial Arbitration. – Alphen aan den Rijn, 2007. – P. 267–281. – (ICCA congress series, no. 13).
16. Gaillard E. Anti-suit Injunctions issued by Arbitrators / E. Gaillard // International arbitration 2006 : back to basics? : International Arbitration Conference, Montréal, 31 May – 3 June 2006 / A J van den Berg ; Permanent Court of Arbitration. International Bureau ; International Council for Commercial Arbitration. – Alphen aan den Rijn, 2007. – P. 235–266. – (ICCA congress series, no. 13)
17. Gaillard E. Reflections on the Use of Anti-suit Injunctions in International Arbitration / E. Gaillard // Pervasive problems in international arbitration Pervasive Problems in International Arbitration / ed. by Loukas A. Mistelis and Julian D.M. Lew. – The Hague, 2006. – P. 201–214.
18. ICC Case No. 8307 // Anti-suit injunctions in international Arbitration : IAI Seminar, Paris, November 21, 2003 / general ed.: Emmanuel Gaillard. – New York, NY, 2005. – P. 307–316.
19. ICC Rules of Arbitration are used worldwide to resolve business disputes through arbitration. The current Rules are in force as from 1 January 2012 / International Chamber of Commerce // ICC = International Chamber of Commerce [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration>.
20. ICDR Rules, 2014 / Internation Centre for Dispute Resolution [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.icdr.org/icdr/faces/i\\_search/i\\_rule/i\\_rule\\_detail?](https://www.icdr.org/icdr/faces/i_search/i_rule/i_rule_detail?)
21. Joseph D. Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement / D/ Joseph. – London : Sweet & Maxwell, 2005. – LXXVII, 584 p.
22. Karrer P. Anti-arbitration Injunctions : theory and Practice / Pierre A Karrer // International arbitration 2006 : back to basics? : International Arbitration Conference, Montréal, 31 May – 3 June 2006 / A J van den Berg ; Permanent Court of Arbitration. International Bureau ; International Council for Commercial Arbitration. – Alphen aan den Rijn, 2007. – P. 228–232. – (ICCA congress series, no. 13).
23. Karrer P. Interim measures issued by arbitral tribunals and the courts : less theory, please / Pierre A. Karrer // International arbitration and national courts : the never ending story International arbitration and national courts : the never ending story / general ed.: A.J. van den Berg ; with the assistance of the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration. – The Hague, 2001. – P. 97–110.
24. Landau T. “Arbitral Lifelines” : the Protection of Jurisdiction by Arbitrators / Toby T. Landau // International arbitration 2006 : back to basics? : International Arbitration Conference, Montréal, 31 May – 3 June 2006 / A J van den Berg ; Permanent Court of Arbitration. International Bureau ; International Council for Commercial Arbitration. – Alphen aan den Rijn, 2007. – P. 282–297. – (ICCA congress series, no. 13).
25. LCIA Arbitration Rules (2014) [Article 9B] : effective 1 October 2014// LCIA = Arbitration and ADR worldwide [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx).
26. Lévy L. Anti-suit Injunctions issued by Arbitrators / L. Lévy // Anti-suit injunctions in international Arbitration : IAI Seminar, Paris, November 21, 2003 / general ed.: Emmanuel Gaillard. – New York, 2005. – P. 115–129.
27. Ma W. Parallel Proceedings in International Commercial Arbitration : The International Law Association's Recommendations for Arbitrators / W. Ma // Contemporary Asia Arbitration Journal. – 2009. – № 2 (1). – P. 49–82.
28. Moloo R. Arbitrators Granting Antisuit Orders : When Should They and on What Authority? / R. Moloo // Journal of international arbitration. – Geneva, 2009. – Vol. 26, № 5. – P. 675–700.

29. Mosimann Olivier Luc. Anti-suit injunctions in international commercial arbitration / by Olivier Luc Mosimann. – The Hague : Eleven International Publ., 2010. – 199 p. – (International commerce and arbitration ; vol. 5).
30. Redfern and Hunter on international arbitration / Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter. – 5th ed. – Oxon ; New York : Oxford University Press, 2009. – XLVII, 849 p.
31. Russell on arbitration / David St. John Sutton, Judith Gill, Matthew Gearing, Francis Russell. – 23rd ed. – London : Sweet & Maxwell Thomson Reuters, 2007. – LXXIX, 796 p.
32. SCAI Rules [2012] / Swiss Chambers Arbitration Institution // SCAI = Swiss Chambers Arbitration Institution [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA\\_english\\_2012.pdf](https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf).
33. Scherer M. Court proceedings in violation of an arbitration agreement: Arbitral Jurisdiction to issue anti-suit injunction and award damages for breach of the arbitration agreement / M. Scherer // International arbitration law review. – 2011. – Vol. 14. – P. 43–46.
34. Wirth M. Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland / Markus Wirth // Bulletin / ASA, Association suisse de l'arbitrage = Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit = Associazione svizzera per l'arbitrato = Swiss Arbitration Association, 2000/31 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/INTERIM.pdf>.

УДК 346.5

## ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ КОНКУРЕНЦІЇ У ВІДНОСИНАХ ІЗ ПОСТАВКИ НАФТИ Й НАФТОПРОДУКТІВ

### STATE REGULATION OF COMPETITION IN THE RELATIONS FOR THE SUPPLY OF OIL AND OIL PRODUCTS

**Череднікова Т.М.,**

*здобувач*

*Інституту економіко-правових досліджень  
Національної академії наук України*

У статті відзначається, що особливе поєднання економічних інтересів держави, суб'єктів господарювання і споживачів спостерігається у сфері господарського обігу нафти й нафтопродуктів. Обґрунтовано, що на сьогодні недостатньо висвітленими залишаються питання стану дотримання антимонопольно-конкурентного законодавства у відносинах із поставки нафти на засадах договору купівлі-продажу, що укладається за результатами біржового аукціону. Розроблено пропозиції, спрямовані на створення конкурентних засад у відносинах з організації та здійснення поставок нафти вітчизняного видобутку на засадах договору купівлі-продажу, що укладається за результатами біржового аукціону.

**Ключові слова:** державне регулювання, конкуренція, нафта, нафтопродукти, поставка.

В статье отмечается, что особое сочетание экономических интересов государства, субъектов хозяйствования и потребителей наблюдается в сфере хозяйственного оборота нефти и нефтепродуктов. Обосновано, что в настоящее время недостаточно освещенными остаются вопросы состояния соблюдения антимонопольно-конкурентного законодательства в отношениях по поставке нефти на основе договора купли-продажи, заключаемого по результатам биржевого аукциона. Разработаны предложения, направленные на создание конкурентных основ в отношениях по организации и осуществлению поставок нефти отечественной добычи на основе договора купли-продажи, заключаемого по результатам биржевого аукциона.

**Ключевые слова:** государственное регулирование, конкуренция, нефть, нефтепродукты, поставка.

The article notes that the particular combination of economic interests of the state, businesses and consumers is observed in the sphere of economic turnover of oil and oil products. It is proved that currently remain insufficiently described issues monitor the observance of antimonopoly-competition law in the relations for the supply of oil on the basis of the contract of purchase and sale concluded by results of the exchange auction. Developed proposals aimed at creating a competitive framework in the relations for the organization and implementation of the oil supply domestic production based on the contract of purchase and sale concluded by results of the exchange auction.

**Key words:** government regulation, competition, oil, oil products, supply.

**Актуальність теми.** Створення конкурентних умов господарювання є основним обов'язком держави. Саме завдяки добросовісній конкуренції вдається забезпечити збалансування публічних і приватних інтересів учасників господарських відносин. Особливе поєднання економічних інтересів держави, суб'єктів господарювання та споживачів спостерігається у сфері господарського обігу нафти й

нафтопродуктів. Наразі наявний механізм правового забезпечення конкуренції певною мірою дає змогу ефективно запобігати антиконкурентним узгодженим діям і виявляти факти зловживання монопольним становищем на ринку нафтопродуктів. Утім на сьогодні недостатньо висвітленими залишаються питання стану дотримання антимонопольно-конкурентного законодавства у відносинах із поставки на-