

Смітюх А. В.,

викладач Одеського національного університету

ім. І. І. Мечникова

Принципи міжнародних комерційних договорів як належне право договору: прямий вибір сторін

Загальновизнаною у практиці міжнародного приватного права є норма, що визнає автономію сторін, тобто уповноважує сторони самостійно визначити право, яким врегульовано договір.

Норму, що встановлює колізійну прив'язку до *lex voluntatis* містить більшість національних правових систем, у тому числі України — згідно зі ст. 569 Цивільного кодексу України права та обов'язки сторін за зовнішньоторговельною угодою визначаються законами місця її укладання лише в разі, якщо інше не встановлено погодженням сторін.

Автономія волі сторін є найважливішою альтернативою іншим можливим засобам визначення належного права договору: колізійним нормам законодавства або ж розгляду суду, який визначатиме право, до якого тяжіє укладений договір. Класик міжнародного приватного права М. Вольф з цього питання писав, що «визначення належного права договору не є завданням ані закону, ані суду. Сторони самі мають обрати з різноманіття правових систем ту, яка регулюватиме їх договір»¹.

Згідно з традиційними поглядами сторони можуть обрати належним правом договору національне право певної держави. Втім, на практиці дедалі більше виявляється, що не завжди положення національного права задовільно регулюють відносини за міжнародним комерційним договором.

Це відбувається тому, що існує невідповідність між:

— предметом регулювання — зміною відносин у сфері міжнародного комерційного обігу, що з огляду на використання інформаційних технологій безперешкодно долають кордони та змінюються разом зі світовою економікою, що «глобалізується», та

— засобами регулювання предмета — національними правовими системами, абсолютна більшість яких або об'єктивно не встигає за темпами змін, що відбуваються у міжнародному комерційному обігу, або просто ігнорує необхідність такого перетворення.

Офіційна міжнародна кодифікація, яка здійснюється шляхом укладання багатосторонніх конвенцій, також не встигає за розвитком цих відносин — розробка та прийняття кожного уніфікованого документа триває десятиліття та є, звичайно, результатом певного компромісу².

Отже, в останні десятиріччя теоретики та практики права міжнародної торгівлі обґрунтовують можливість визначення належним правом договорів, що укладаються у сфері міжнародного комерційного обігу, альтернативного регулятора — позанаціонального права *lex mercatoria*³.

Lex mercatoria є позанаціональною системою норм, переважно звичасвих. Норми *lex mercatoria* формулюються міжнародною спільнотою ділових людей безпосередньо або через не-

¹ Вольф М. Международное частное право. Пер. с англ. М.: Государственное издательство иностранной литературы. — 1948. — С. 444.

² Sara G. Zwart The New International Law of Sales: A Marriage Between Socialist, Third World, Common, and Civil Law Principles // North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation — 1988. — № 13. — p.p. 109—128.

³ Wiener Jarrod The Transnational Political Economy: A Framework for Analysis // <http://www.jus.uio.no/lm/the.transnational.political.economy.a.framework.for.analysis.jarrod.wiener.ukc>; Amisshah Ralph The Autonomous Contract Reflecting the borderless electronic-commercial environment in contracting // <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/amisshah2.html>

офіційну кодифікаційну діяльність міжнародних організацій для врегулювання відносин між комерсантами, які входять до цієї спільноти.

Ця система містить інститути зобов'язального права, що найбільш пристосовані до сучасних вимог міжнародної торгівлі. Л.П. Ануфрієва вважає, що *lex mercatoria* покликане «забезпечити необхідне регулювання міжнародних операцій та усунути протиріччя міжнародного характеру цих операцій та регламентації їх внутрішньодержавними заходами»¹.

Радянські дослідники вважали, що концепція *lex mercatoria* відображає тенденцію невизнання національних правових систем та, зрештою, суперечить принципу державного суверенітету². До того ж *lex mercatoria* не в змозі замінити національні правові системи через свою неповноту та фрагментарність³.

Втім, прийняття у 1994 р. Міжнародним інститутом уніфікації приватного права Принципів міжнародних комерційних договорів (далі — Принципи УНІДРУА)⁴, які ґрунтуються на засадах *lex mercatoria*⁵, «усуває причини для критики *lex mercatoria* як туманного та штучного утворення»⁶. Принципи містять позбавлені національного контексту норми загального договірної права, що визначають порядок укладення, виконання, наслідки невиконання міжнародних комерційних договорів, критерії їх дійсності, тлумачення та змісту.

Як зазначено у преамбулі Принципів УНІДРУА, одним із завдань цього документа є використання їх особами, що укладають міжнародні комерційні договори, як належне право договору замість норм тієї чи іншої національної правової системи.

Сторони, які бажають обрати Принципи УНІДРУА за належне право договору, повинні зробити відповідне застереження. Автори Принципів УНІДРУА рекомендують поєднувати таке застереження із арбітражним застереженням, бо важливою особливістю розгляду справ міжнародними комерційними арбітражними судами (далі — арбітражі) є можливість вирішення спору без застосування національного права⁷, тобто — лише відповідно до норм *lex mercatoria*.

Більшість арбітражних регламентів у світі, в тому числі Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України містять норму, аналогічну ст. 33 Арбітражного регламенту ЮНІСІТРАЛ⁸, яка уповноважує арбітрів визначати право, що підлягає застосуванню за допомогою колізійних норм лише в разі, якщо сторони самі не обрали правові норми, які підлягають застосуванню.

Ст. 17 Арбітражного регламенту Міжнародної торгової палати, ст. 23.1 Регламенту Лондонського міжнародного третейського суду, ст. 1054 Цивільного кодексу Нідерландів взагалі

¹ Ануфрієва Л.П. Международное частное право: в 3-х т. Т. 2. Особенная часть: Учебник. — М.: Издательство БЕК. — 2000. — С. 219.

² Минаков А.И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. — М.: Юрид. лит. — 1985. — С. 85.

³ Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. — М.: Междунар. отношения. — 1994.—С. 223.

⁴ Принципы международных коммерческих договоров / пер. с англ. А.С. Комарова. — М.: Международный центр финансово-экономического развития. — 1996. — 328 с.

⁵ Baron Gesa. Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new *lex mercatoria*? // <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>

⁶ Докладно див. про це: Смітюх А.В. Щодо юридичної природи Принципів міжнародних комерційних договорів // Вісник Вищого арбітражного суду України. — 2000. — № 4. — С. 147.

⁷ Шмитгофф Клайв М. Экспорт: право и практика международной торговли. Пер. с англ. — М.: Юрид.лит. — 1993. — С. 346.

⁸ Регламенты международных арбитражных судов: Сборник / Сост. Л.Н. Орлов, И.М. Павлов. — М.: Юристъ, 2001. — С. 469.

не згадують колізійні норми, що відсилають до законодавства певної держави — згідно з цими документами арбітраж, за відсутності угоди сторін, застосовує норми права, які він вважатиме найбільш доцільними¹.

У всіх цих документах відсутні вказівки на те, що право, обране сторонами, має бути національним, але міститься застереження, за яким арбітраж завжди виносить рішення згідно з торговими звичаями та умовами договору.

Практика свідчить, що арбітражі сприймають зазначені процесуальні положення, як уповноваження приймати рішення відповідно до норм позанаціонального права у разі прямого або непроголошеного уповноваження з боку сторін договору діяти таким чином.

Аналіз коментарю до преамбули Принципів УНІДРУА дозволяє визначити, що посилання на них як право, яким врегульовано договір, може бути:

- безпосереднім («договір врегульовано Принципами УНІДРУА»);
- опосередкованим («договір врегульовано засадницькими принципами права, *lex mercatoria*. Спори за договором вирішуються згідно з вимогами справедливості, відповідно до позанаціональних норм, без застосування національного права будь-якої країни»).

Можливе також:

- одночасне посилання на Принципи та національне право («договір врегульовано положеннями Принципів УНІДРУА, які доповнюються, якщо це необхідно, положеннями права країни Х»);

- зворотне одночасне посилання («договір врегульовано положеннями права країни Х, які доповнюються, якщо це необхідно, положеннями Принципів УНІДРУА»);

- одночасне посилання на Принципи та відповідну міжнародну Конвенцію («договір врегульовано Конвенцією ООН 1980 р. «Про міжнародну купівлю-продаж товарів», тлумачення та доповнення положень якої здійснюється відповідно до Принципів УНІДРУА»)².

Арбітражі застосовують Принципи УНІДРУА як належне право договору також у разі відсутності прямого або опосередкованого посилання сторін на них, як на належне право договору (так звана доктрина «негативного обрання» — *negative choice*). Арбітражі виходять з доктрини «негативного обрання» у випадках, коли сторони договору не досягають домовленості з питань належного права, заперечують проти визначення належним правом, відповідно до якого розглядатиметься справа, національного права іншої сторони, при цьому обрання національного права однієї зі сторін згідно з колізійними нормами а *prigri* ставить цю сторону у більш вигідне становище.

У такому разі арбітражі вважають незгоду сторін щодо обрання належного права неможливістю застосувати будь-яке національне право та непроголошеним уповноваженням приймати рішення відповідно лише до норм позанаціонального походження, втіленням яких є Принципи УНІДРУА.

Втім, обсяг статті не дозволяє зробити детальний науковий аналіз концепції «негативного обрання» та прийнятих відповідно до неї арбітражних рішень — це тема окремого дослідження.

Нижче розглянуто декілька рішень, прийнятих на основі Принципів УНІДРУА як належного права договору згідно з прямим посиланням сторін.

У 1996 р.³ арбітражний судом при Міжнародній торговельній палаті (далі — АС при МТП) прийняв рішення № 8331. У справі йшлося про протокол щодо намірів (*Memorandum*

¹ Там же. — С. 69, 109, 303, 329.

² Bonell Michael Joachim The LTNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Nature, Purposes and First Experiences in Practice // www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.html; Bonell Michael Joachim The UNIDROIT Principles and Transnational Law // <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>

³ Тексти рішень див.: www.unidroit.org/english/principles/caselaw/caselaw-main.htm

of Understanding), за яким сторони домовились укласти в майбутньому договір купівлі-продажу вантажівок та запасних частин до них, та задекларували у загальних рисах свій намір укласти угоду про будівництво автомонтажного заводу для виробництва такого ж типу вантажівок у країні покупця.

Угоду щодо купівлі-продажу вантажівок дійсно було укладено, але продавець відмовився вести переговори щодо укладання угоди про будівництво автомонтажного заводу, аргументуючи це відсутністю у покупця необхідного досвіду та організаційної структури для реалізації такого проекту.

Договір містив арбітражне застереження та умову, згідно з якою арбітраж мав вирішувати спори між сторонами відповідно до Принципів УНІДРУА, якщо вирішить, що їх застосування дозволить належним чином врегулювати відносини між сторонами.

У своєму рішенні АС при МТП застосував ст. 4.5 Принципів (Системне тлумачення договору), згідно з положеннями якої було визначено, що протокол про наміри має силу в цілому, а не лише в частині, що стосується укладання договору купівлі-продажу.

Згідно зі ст. 5.4 (2) Принципів УНІДРУА (Зобов'язання досягти певного результату. Зобов'язання докласти максимальних зусиль) арбітраж встановив, що задекларований сторонами намір розпочати переговори щодо укладання угоди про будівництво автомонтажного заводу втілює зобов'язання сторін докласти максимальних зусиль задля досягнення результату (але не досягти результат).

Втім, відмова продавця розпочати переговори порушує це зобов'язання, а його посилання на відсутність у покупця необхідного досвіду та організаційної структури не виправдовує такого порушення.

1 грудня 1996 р. Національний та міжнародний комерційний арбітраж Мілана прийняв рішення у справі, що виникла із договору комерційного представництва, укладеного між італійською та американською компаніями.

Договір не визначав права, що підлягає застосуванню, але сторони, передаючи спір на розгляд до арбітражу, встановили, що рішення має бути прийняте відповідно до Принципів УНІДРУА, що застосовуватимуться згідно з вимогами справедливості. Рішення арбітражу містить посилання на багато статей та коментарів до статей Принципів УНІДРУА.

Згідно зі ст. 1.3 Принципів (Обов'язковість договору) було визнано обов'язковість первинної домовленості сторін, згідно зі ст. 4.1 (Наміри сторін), ст. 4.2 (Тлумачення заяв та інших дій) арбітраж визнав письмову заяву однієї зі сторін повідомленням про розірвання договору. Згідно зі ст. 7.3.1 (Право на припинення договору) було встановлено неможливість розірвання договору у випадку, якщо сторони зробили недвозначне застереження про продовження дії договору у разі настання певних обставин.

Арбітраж посилався також на:

ст. 7.3.5 Принципів (Загальні наслідки припинення договору) із тим, щоб підтвердити дійсність умов договору, що прямо передбачають право принципала на повернення рекламних зразків продукції, та право агента на платню за вже отриманні закази;

ст. 7.4.1 Принципів (Право на компенсацію збитків) та ст. 7.4.2 (Повна компенсація) із тим, щоб підтвердити право потерпілої сторони на повну компенсацію збитків, понесених внаслідок невиконання зобов'язань іншою стороною, за винятком компенсації моральних страждань, бо потерпіла сторона є юридичною особою;

ст. 7.4.3 Принципів (Достовірність шкоди) та ст. 7.4.4 (Передбачуваність шкоди) із тим, щоб виключити компенсацію витрат потерпілої сторони на придбання будинку у місці виконання договору;

ст. 7.4.9 Принципів (Проценти за несплату грошей), згідно з якою застосоване друге із запропонованих статтею альтернатив — процентна ставка визначається, виходячи з процентної ставки, встановленої законами держави валюти платежу;

ст. 7.4.13 Принципів (Узгоджений платіж за невиконання) із тим, щоб довести дійсність умов договору, якими встановлено більший процент за несвоєчасну сплату окремих (спеціальних) платежів за договором.

20 січня 1997 р. Міжнародний комерційний суд при Торгово-промисловій палаті РФ прийняв рішення № 116 у справі за спором між російською компанією та компанією з Гонконгу. Договір не містив застереження про обрання права, що підлягає застосуванню, але після виникнення спору сторони домовились передати його на розгляд до арбітражу, який би застосовував Принципи УНІДРУА для розв'язання всіх питань, прямо не врегульованих договором.

Арбітраж застосував ст. 7.3.1 Принципів (Право на припинення договору) із тим, щоб підтвердити право російського покупця розірвати договір, ст. 7.3.6 (Повернення отриманого/реституція), за якою покупець зобов'язано повернути вже поставлені товари; ст. 7.4.5 (Доведення шкоди в разі укладення взамін невиконаної угоди) щодо права покупця вимагати сплати йому різниці між договірною ціною за невиконаною угодою та ціною угоди, укладеної замість невиконаної.

М. Вольф, досліджуючи способи обрання належного права договору зауважив, що «власні інтереси сторін роблять їх найкращими суддями з цього питання»¹. Отже, якщо інтереси сторін вимагають підпорядкування договору нормам позанаціонального права, така домовленість, коли вона не порушує публічного порядку, підлягає визнанню та захисту.

М. Бонель зазначив, що жодне з рішень, прийнятих із посиланням на Принципи УНІДРУА як на належне право договору, не було скасоване державними судами на підставі того, що таке рішення суперечить імперативним нормам національного права або ж публічному порядку певної держави².

Це цілком природно, бо Принципи УНІДРУА:

— розроблено «для використання в усьому світі незалежно від правових традицій, а також економічних та політичних умов країн, де їх застосовуватимуть»³;

— присвячено тим питанням, які в більшості правових систем врегульовано саме диспозитивними нормами;

— містять застереження про неможливість застосування Принципів при вирішенні питань недійсності договору, коли для цього відсутні повноваження, правоздатність або постає питання невідповідності нормам моралі чи протиправності ст. 3.1 (Неврегульовані питання).

Як писав Л. Лунц, «обрання закону сторонами стосується лише зобов'язань... таке обрання не може визначати питання праводієздатності сторін...»⁴. З іншого боку, будь-яке право з питань договірних відносин, що містить небагато імперативних норм⁵. Отже, імовірність принципового «конфлікту», між диспозитивними за своєю сутністю нормами Принципів УНІДРУА та нормами національної правової системи, які застосовує суд (*lex fori*), або правової системи держави, де виконуватиметься рішення, є дуже малою.

Таким чином, застосування Принципів УНІДРУА як належного права договору за домовленістю сторін є частиною правозастосовчої реальності, воно виправдане як з практичного, так і з теоретичного погляду.

¹ Вольф М. вказ. твір. — С. 445.

² Bonell Michael Joachim The UNIDROIT Principles and Transnational Law // <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>

³ Принципы международных коммерческих договоров / пер. с англ. А.С.Комарова. — М.: Международный центр финансово-экономического развития. — 1996. — с. vii

⁴ Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. — М.: Юрид. лит. — 1973. — С. 244.

⁵ Вольф М. вказ. твір. — С. 446.