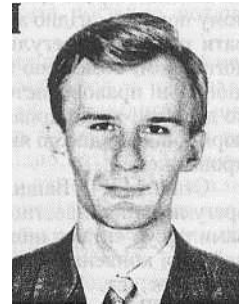


ЗАСТОСУВАННЯ МІЖНАРОДНИМИ КОМЕРЦІЙНИМИ АРБІТРАЖНИМИ СУДАМИ ПРИНЦИПІВ МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ ДОГОВОРІВ

Андрій Смітюх,

викладач Одеського національного університету
ім. І. І. Мечникова



Укладаючи з іноземними контрагентами договори, підприємці несуть ризик виникнення у майбутньому спорів, які, можливо, доведеться вирішувати в іноземних судах за нормами іноземного права.

Дедалі частіше підприємці використовують «унікальний юридичний інструмент»¹, що має «третейську сутність»², та доручають розгляд спорів міжнародним комерційним арбітражним судам (далі - арбітражі).

Арбітражі є недержавними установами, компетенція яких визначається кожного разу угодою сторін, та поділяються на **інституційні (постійно діючі)** та такі, що **створюються для розгляду конкретної справи (арбітражі ad hoc), із загальною компетенцією** (Міжнародний комерційний суд при Торгово-промисловій палаті (далі - ТПП) України), **спеціалізовані** (Морська арбітражна комісія при ТПП України), **відкриті**, до яких звертаються будь-які особи, та **закриті**, що діють при асоціаціях та біржах.

Передумовою арбітражного розгляду спору є існування арбітражної угоди між сторонами, яка містить домовленість сторін про безумовне виключення підсудності спору, що може виникнути або вже виник, будь-яким державним судам (негативний ефект) та звернення до конкретного або будь-якого арбітражу (позитивний ефект)³.

Перевагами арбітражного розгляду є право сторін формувати склад арбітражу, професійність (обізнаність арбітрів у питаннях міжнародної торгівлі), конфіденційність (за бажанням сторін) та неформальність провадження (спрощена, порівняно з державними судами процедура, право сторін встановлювати процедуру sui generis, визначати мову провадження)⁴.

Під час розгляду будь-якого правового спору, ускладненого іноземним елементом, неодмінно постає питання про право, згідно з яким цей спір буде вирішено. Державні суди звичайно тяжіють до застосування власного права (lex fori). Намагання визначити іноземне національ-

не право, що підлягає застосуванню, може призвести до маніпулювання колізійними нормами і, як наслідок, до застосування законодавства, більш знайомого або вигідного одній із сторін, або ж до застосування положень правової системи, яка не містить належних регуляторів проблеми, що виникла.

Важливою особливістю арбітражного розгляду є можливість вирішення спору із виключенням будь-якого національного права, тобто лише відповідно до звичаєвих норм lex mercatoria, визнаних міжнародною діловою спільнотою, які Л. Ануфрієва визначає як позанаціональний комплекс норм, покликаних забезпечити необхідне регулювання міжнародних операцій та усунути протиріччя міжнародного характеру цих операцій і регламентації їх внутрідержавними заходами⁵.

Існування звичаїв міжнародної торгівлі може доводитися свідченнями знавців права міжнародної торгівлі, змістом найпоширеніших типових контрактів та застережень, неофіційними галузевими кодифікаціями, подібними до ІНКОТЕРМС.

Втіленням засад lex mercatoria, документом, який єднає норми звичаєвого права у систему та містить її ґрунтовні ідеї, є **Принципи міжнародних комерційних договорів**. Це міжнародний документ недержавного походження, створений експертами договірної права та права міжнародної торгівлі, що репрезентували всі правові культури світу, затверджений Адміністративною радою Міжнародного інституту уніфікації приватного права (УНІДРУА) у травні 1994 р.⁶.

Принципи міжнародних комерційних договорів (далі - Принципи УНІДРУА) регулюють питання укладання, виконання, тлумачення, змісту та наслідків невиконання договору та містять норми, які є спільними для існуючих правових систем або таких, які найбільш пристосовані до потреб міжнародної торгівлі.

Принципи УНІДРУА може бути використано як належне право договору через безпосереднє посилання сторін на Принципи або через посилання на lex mercatoria.

Коментар до преамбули Принципів зазначає, що **саме арбітражі мають реальну можливість застосовувати Принципи УНІДРУА**

⁵ Ануфрієва Л. П. Международное частное право: Учебник; В 3 т. - Т. 2 «Особенная часть». - М., 2000. - С. 219.

⁶ Вперше опубліковано у країнах СНД: Принципы международного коммерческого договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. - М., 1996. - 328 с.

¹ Комаров В. В. Международный коммерческий арбитраж. - Х., 1995. - С. 14.

² Галенская Н. Г. Международное частное право. - Ленинград, 1983. - С. 217.

³ Фолсом Р. Х., Гордон М. У., Спаногл Дж. А. Международно сделки: Краткий курс / Пер. с англ. - М., 1996. - С. 434.

⁴ Комаров А. Разрешение международных коммерческих споров // Закон. - 1994. - № 2. - С. 25; Комаров В. В. Вказ. праця. - С. 11-13; Минаков А. И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. - М., 1985. - С. 9.

як належне право договору всупереч традиційному погляду, згідно з яким свободу сторін обирати право, що регулюватиме їх відносини за договором, обмежено посиланням лише на національні правові системи. Цю можливість легко довести, якщо проаналізувати процесуальні норми, відповідно до яких арбітражі здійснюють провадження.

Стаття 42(1) Вашингтонської конвенції про врегулювання інвестиційних спорів між державами та суб'єктами інших держав, ст. VII Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, ст. 33 Арбітражного регламенту ЮНІСІТРАЛ, ст. 24 Регламенту Арбітражного інституту торгової палати Стокгольма, ст. 16 Регламенту з арбітражу та примирення Міжнародного арбітражного суду Федеральної палати економіки Відня, ст. 13 Регламенту міжнародного комерційного арбітражного суду при ТІП РФ, п. 8.1 Регламенту міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України, п. 8.1 Регламенту Морської арбітражної комісії при ТПП України, ст. 50 Регламенту міжнародного арбітражного суду при Білоруській ТПП, ст. 38 Арбітражного регламенту Європейської економічної комісії ООН, ст. VII(4) Правил міжнародного торговельного арбітражу Економічної комісії ООН для Азії та Далекого Сходу містять майже ідентичні норми, які вповноважують арбітрів визначати право, яке підлягає застосуванню, за допомогою колізійних норм лише в разі, якщо сторони самі не обрали правові норми, що підлягають застосуванню¹.

Стаття 17 Арбітражного регламенту Міжнародної торгової палати, ст. 23.1 Регламенту Лондонського міжнародного третейського суду та ст. 1054 Цивільного кодексу Нідерландів взагалі 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 відповідними (Arbital Tribunal shall apply rules of law which it considers to be most appropriate)².

У всіх зазначених вище документах відсутні вказівки на те, що право, обране сторонами, має бути національним правом певної держави.

Втім, усі ці документи застерігають, що арбітраж завжди виносить рішення згідно з торговими звичаями та умовами договору.

Отже, арбітраж:

1) зобов'язаний вирішувати спір відповідно до звичаїв міжнародної торгівлі, поважати вибір сторін щодо належного права;

2) не зобов'язаний застосовувати саме національне право певної держави.

Рішення арбітражів є, як правило, остаточними, перегляд їх є винятком з правила. Стаття IX Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, ст. 34 Типового закону про арбітраж, розробленого ЮНІСІТРАЛ та

рекомендованого резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 11.12.85 р. для застосування всіма державами з огляду на потреби міжнародної торгівлі у єдиному арбітражному законодавстві, ст. 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітражний суд», ст. 34 Закону РФ «Про міжнародний комерційний арбітраж», відповідні норми законодавств більшості країн світу, які майже дослівно відтворюють положення Типового закону ЮНІСІТРАЛ, передбачають суто процесуальні підстави для перегляду рішення. Це недієздатність сторін або арбітражної угоди, неповідомлення сторони про призначення арбітрів або слухання справи, невідповідність арбітражної процедури або складу суду угоді сторін та інші подібні підстави.

Можна констатувати, що прийняття арбітражем рішення, заснованого лише на нормах *lex mercatoria*, втілених у Принципах УНІДРУА, не може бути підставою для його оскарження.

Значною проблемою до останнього часу було визнання та виконання рішень іноземних арбітражів. Одні дослідники вважають, що процес визнання та виконання арбітражних рішень на території іноземних держав є найбільш слабкою ланкою у ході міжнародного вирішення спорів, процес складний, який вимагає певних знань, багатьох зусиль і витрачання чималих коштів³, інші зауважують, що попри різницю у національних законодавствах можна констатувати, що, в принципі, можливість примусового виконання іноземних арбітражних рішень передбачено в усіх країнах⁴, або навіть, що в принципі, можна казати, що легше виконати іноземне арбітражне рішення, ніж іноземне судове рішення, особливо якщо визнання та виконання регулюється Нью-Йоркською конвенцією⁵.

Йдеться про Нью-Йоркську конвенцію «Про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» 1958 р., учасниками якої є 121 держава (в тому числі Україна), ст. 3 якої встановлює зобов'язання країн-учасниць Конвенції визнавати іноземні арбітражні рішення за обов'язкові та виконувати їх. У визнанні та виконанні рішення може бути відмовлено лише за наявності обставин, наведених у вичерпному переліку.

Стаття V Нью-Йоркської конвенції, ст. 36 Типового закону про арбітраж ЮНІСІТРАЛ, ст. 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітражний суд», ст. 36 Закону РФ «Про міжнародний комерційний арбітраж» та відповідні норми законодавства про арбітраж більшості країн світу містять вичерпний перелік підстав для відмови у визнанні та виконанні рішень іноземних арбітражів, жодна з яких не дає змоги дійти висновку про можливість відмови у виконанні арбітражного рішення, прийнятого відповідно не до норм певного національного законодавства, а до *lex mercatoria*.

¹Регламенти міжнародних арбітражних судів: Сб. /Сост. Л. Я. Орлов, И. М. Павлов. - М., 2001. - С. 181, 259, 351, 399, 469.

²Там само. - С. 69, 109, 303, 329.

³Діяльність міжнародного комерційного арбітражу //Право України. - 1997. - № 11. - С. 108.

⁴Комаров В. В. Вказ. праця. - С. 75.

⁵Шмитгофф Клайв М. Экспорт: право и практика международной торговли/Пер. с англ. - М., 1993. - С. 356-357.

Щодо застереження про відповідність арбітражного рішення публічному порядку країни, в якій відбуватиметься виконання, дуже показовим є рішення Апеляційного суду Англії у справі *Deutsche Schlachtbau und Tiebohr- gesellschaft mbH v. R'Asal-Khaima National Oil Co.* [1987] 3 W.L.R. 1023, яким було надано дозвіл на виконання рішення, винесеного арбітражем при Міжнародній торговельній палаті відповідно до міжнародного визнаних принципів права, що регулює договірні відносини за відсутності заяв сторін про право, відповідно до якого вони бажають вирішити спір. Апеляційний суд відхилив зауваження, згідно з яким обрання позанациональної системи права суперечить публічному порядку. Суддя сер Дж. Дональдсон так висловився з цього питання: «Я не бачу підстав для висновку, що обрання арбітрами належного права - знаменника принципів, що складають підвалини права різних країн, право яких регулює договірні відносини, виходить за межі вибору, наданого арбітрами сторонами»¹.

Отже, ніщо не заважає арбітру прямо звертатися до звичаєвих норм *lex mercatoria* та положень Принципів УНІДРУА, не ставить під сумнів дійсність та можливість виконання рішення арбітражу, винесеного із застосуванням *lex mercatoria* як належного права договору без посилання на національне законодавство жодної країни світу.

Треба погодитись із Дж. Вайнером, який вважає, що впродовж XX ст. арбітраж став дійсно «денационалізованим», тобто здатним розглядати спори, що виникають з міжнародних комерційних договорів за нормами будь-якого права, в тому числі позанационального².

Аналізуючи роботу К. Шмітгоффа «Експорт: право і практика міжнародної торгівлі», можна дійти висновку про існування **двох аспектів «денационалізації» арбітражу:**

процесуального - якщо сторонами узгоджено застосування одного з міжнародних арбітражних регламентів, немає ніякої необхідності звертатися до національного права для визначення правил арбітражної процедури;

матеріального - позанациональний характер правового регулювання може бути поширений на матеріальне право договору, що застосовуватиме арбітр³.

Цей компетентний автор ще до прийняття Принципів УНІДРУА писав, що практика звернення арбітражів до позанациональної право-

¹Цит. за: Шмітгофф Клайв М. - Вказ. праця. - С. 346.

²Wiener 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>.

³Шмітгофф Клайв М. - Вказ. праця. - С. 346.

вої системи *lex mercatoria* постійно розширюється

Після прийняття Принципів УНІДРУА цей процес ще більше активізувався - арбітражі виносять рішення просто відповідно до цих Принципів або ж згідно з угодою сторін та, наскільки це буде необхідно, згідно з Принципами УНІДРУА, згідно з вимогами справедливості та Принципами, відповідно до права країни X доповненого, наскільки це необхідно, положеннями Принципів УНІДРУА⁵.

У вітчизняній літературі можливість вирішення спорів відповідно лише до позанациональних звичаїв традиційно заперечується, бо такий підхід виходить з можливості незастосування національного права⁶.

Проте аналіз процесуальних норм дає змогу дійти висновку про реальність такої можливості, до того ж існує значна арбітражна практика посилання на Принципи УНІДРУА як належне право договору⁷.

Треба погодитись з Р. Амисса, на думку якого існування системи арбітражів є наріжним каменем для ідеї позанационального комерційного права, а Принципи УНІДРУА гарантують передбачуваність застосування *lex mercatoria*, оскільки відтепер головні засади цієї системи викладено у єдиному документі, що має певний обсяг⁸.

Кожна національна правова система існує саме тому, що територіальна юрисдикція надає можливість більш-менш вдало самозастосовуватись, ставати широко відомою певній правовій спільноті, яка ототожнює себе із цією системою.

Завдяки існуванню системи арбітражів та Принципів УНІДРУА, правова система звичаєвого права міжнародної ділової спільноти, *lex mercatoria*, отримує таку саме можливість.

Отже, застосування міжнародними комерційними арбітражами Принципів УНІДРУА, можливість виконання таких рішень є найважливішою передумовою визнання автономії *lex mercatoria*.

⁴Там само. - С. 478.

⁵Докладно див: Bonell Michael Joachim. The UNIDROIT Principles and Transnational Law // <http://www.unidroit.org/english/publications/rcview/articles/2000-2.htm>; Bonell Michael Joachim The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Nature, Purposes and First Experiences in Practice // www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.html.

⁶Комаров В. В. Вказ.праця. - С. 71; Зыкин И. С. Обычай и обыкновения в международной торговле // Советский ежегодник международного права. - М., 1981. - С. 243-253; Зыкин И. С. Обычай и обыкновения в международной торговле. - М., 1983. - С. 88.

⁷www.unidroit.org/english/principles/caslaw/caselaw-main.htm.

⁸Amissah Ralph. The Autonomous Contract Reflecting the borderless electronic-commercial environment in contracting // <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/amissah2.html>.