

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ПРИНЦИПОВ УНИДРУА В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ В ОТСУТСТВИЕ СОГЛАШЕНИЯ СТОРОН ОБ ИХ ПРИМЕНЕНИИ

Кискачи Мария Александровна

Магистр юриспруденции по направлению «Международное разрешение споров»
(Санкт-Петербург), e-mail: Maria.kiskachi@gmail.com

*В статье рассматриваются различные варианты применения Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА в ходе разбирательства в международном коммерческом арбитраже. В частности, подробно рассматриваются особенности использования Принципов УНИДРУА по инициативе арбитров в том случае, когда оговорка о применимом праве содержит отсылку к *lex mercatoria*, а также в том случае, когда стороны не могут достичь согласия относительно выбора применимого права. Также анализируются риски отмены или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного на основании Принципов УНИДРУА.*

*Ключевые слова: принципы УНИДРУА, автономия воли, *lex arbitri*, применимое право, нормы права, «негативный выбор», *lex mercatoria*, международный коммерческий арбитраж, Нью-Йоркская конвенция, публичный порядок*

THE USE OF THE UNIDROIT PRINCIPLES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IN THE ABSENCE OF AN AGREEMENT ON THEIR APPLICATION

Kiskachi Maria

Master of Advanced Studies in International Dispute Settlement (Saint-Petersburg),
e-mail: Maria.kiskachi@gmail.com

*The author analyzes various applications of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in the context of international commercial arbitration proceedings. In particular, the article provides a detailed overview of the situations in which the UNIDROIT Principles can be applied by arbitral tribunals proprio motu (when, for example, a choice of law clause mentions *lex mercatoria* or when the parties cannot agree on the applicable law). Additionally, the article considers the risks of annulment or refusal of recognition and enforcement of an arbitral award rendered on the basis of the UNIDROIT Principles.*

*Key words: UNIDROIT Principles, party autonomy, *lex arbitri*, applicable law, rules of law, «negative choice», *lex mercatoria*, international commercial arbitration, New York Convention, public policy*

Введение

В отличие от судов, отправляющих правосудие от имени государства, международный коммерческий арбитраж не обладает *lex fori* и не связан коллизионными нормами какого-либо национального правопорядка¹. К арбитражному разбирательству применяются специальные нормы места его проведения (*seat of arbitration*). Эти специальные нормы, именуемые также *lex arbitri*, среди прочего регулируют вопросы определения применимого права, отдавая приоритет институту автономии воли сторон.

Во второй половине XX в. *leges arbitri* стран с развитым регулированием в области международного арбитража стали меняться с целью расширения перечня источни-

¹ Lew J. Conflict of Laws Rules in Arbitration // Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration / A. van den Berg (ed.). The Hague; Boston, 1996. P. 448.

ков, которым стороны арбитражного соглашения могли бы подчинить свое правоотношение. Для этого в положениях *leges arbitri* понятие «право» было заменено термином «нормы права»¹, который сегодня толкуется большинством специалистов в области арбитража как допускающий выбор не только права, действующего в конкретном государстве, но и отдельных норм права, которые могут содержаться в источниках, не обладающих обязательной юридической силой². К таким источникам относятся, в частности, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (далее – Принципы УНИДРУА либо Принципы)³.

Как следует из преамбулы Принципов, они могут выполнять следующие функции в ходе арбитражного разбирательства. Во-первых, Принципы УНИДРУА могут использоваться в качестве *lex contractus*, если стороны прямо об этом договорились. Во-вторых, Принципы могут применяться арбитрами при наличии оговорки о применении *lex mercatoria*, общих принципов права и т. п. В-третьих, Принципы УНИДРУА могут быть использованы в том случае, когда оговорка о применимом праве отсутствует вовсе и стороны не могут достичь согласия по данному вопросу. В-четвертых, Принципы могут применяться арбитрами для толкования и восполнения положений применимого национального или международного права.

Благодаря упомянутой эволюции *leges arbitri* и приоритету автономии воли в международном арбитраже применение Принципов УНИДРУА в случае их прямого выбора сторонами не является спорным⁴. Поэтому в настоящей статье будут подробно рассмотрены лишь второй и третий варианты использования Принципов в международном коммерческом арбитраже, а также риски отмены или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного на основании Принципов УНИДРУА.

Применение Принципов УНИДРУА в отсутствие их прямого выбора в качестве применимого права

Согласно преамбуле Принципов «они могут применяться, когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права, *lex mercatoria* или тому подобным». Эмпирические исследования свидетельствуют о том, что участники трансграничного оборота нечасто используют оговорку о выборе *lex mercatoria*, об-

¹ См., например: ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 53381-1 (ред. от 29 декабря 2015 г.) «О международном коммерческом арбитраже». Применительно к международному коммерческому арбитражу термин «нормы права» (*règles de droit*) был впервые введен в 1981 г. в ст. 1496 Гражданского процессуального кодекса Франции. Однако ранее этот же термин был употреблен в контексте в ст. 42 (1) Вашингтонской конвенции о порядке разрешения споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. С целью создания регулирования, максимально благоприятного для инвесторов, в ст. 42 была использована формулировка «нормы права», которую предлагалось толковать как допускающую возможность выбора права нескольких правовых систем, отдельных законов, общих для правовых систем принципов, юридически необязательных документов (вроде Руководства Всемирного банка по регулированию прямых иностранных инвестиций 1992 г.), включение «стабилизационных оговорок» и т. п. Подробнее см.: *Schreuer C. H. The ICSID Convention: a Commentary. Cambridge, 2009. P. 564–565.*

² *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). The Hague, 1999; Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration. L., 2007. P. 590; Born G. International Commercial Arbitration. 2nd ed. Alphen aan den Rijn, 2014. P. 2661; Kaufmann-Kohler G., Riguzzi A. International Arbitration – Law and Practice in Switzerland. Oxford, 2015. P. 365.*

³ Принципы УНИДРУА цитируются по следующему изданию (если не указано иное): Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. А. С. Комарова. М., 2013.

⁴ В деле № 166/2012, рассмотренном по Арбитражному регламенту Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (далее – МКАС), стороны предусмотрели применение Принципов УНИДРУА в редакции 2004 г., дополненных в случае необходимости положениями российского материального права. МКАС сделал следующий вывод о применимом к существу спора праве: «Согласно ст. 28 Закона „О международном коммерческом арбитраже“ и п. 1 § 26 Регламента МКАС разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Согласно преобладающему в доктрине и практике международных арбитражей пониманию указанного положения закона как позволяющего сторонам избрать в качестве регулятора их отношений по Контракту содержащий правовые нормы акт, не являющийся законодательным актом государства, состав арбитража констатирует, что в качестве основного регулятора их отношений по Контракту являются Принципы УНИДРУА» (решение МКАС от 24 мая 2013 г. по делу № 166/2012). См. также: ICC Arbitration Case № 8331, Award, 1996. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=647> (дата обращения: 20.05.2018); Centro de Arbitraje de México, Award, 30.11.2006. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149> (дата обращения: 20.05.2018).

щих принципов и т. п.¹ Тем не менее в практике международных арбитражей можно обнаружить несколько случаев обращения к Принципам УНИДРУА для установления содержания *lex mercatoria* и подобных концепций.

Так, в деле № 9474, рассмотренном по Арбитражному регламенту ICC, стороны согласились с предположением состава арбитража о том, что арбитражная оговорка, предписывающая разрешить спор «справедливо», указывала на применение «общих стандартов и норм международных контрактов»². По мнению арбитров, к источникам, отражающим такие стандарты и нормы в контексте данного спора, следовало отнести Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров, Принципы УНИДРУА и Принципы европейского договорного права.

Похожий подход можно обнаружить в деле № 7110, рассмотренном по Арбитражному регламенту ICC, в котором фигурировало условие о разрешении спора на основе «законов или норм естественной справедливости» (*laws or rules of natural justice*). По мнению арбитров, это положение свидетельствовало о намерении сторон исключить применение национального права и подчинить заключенные между ними договоры общепризнанным нормам и принципам, которые учитывали бы трансграничную специфику их отношений. Такие общепризнанные нормы и принципы, согласно арбитражному решению, были «главным образом отражены в Принципах УНИДРУА»³.

В еще одном споре, урегулированном согласно Арбитражному регламенту ICC, оговорка о применимом праве предусматривала кумулятивное применение права Алжира, общих принципов права и международных торговых обычаев. Решая вопрос о компенсации утраты благоприятной возможности (шанса), арбитры процитировали ст. 7.4.3 (2) Принципов УНИДРУА, отмечая, что их содержание отражает общепризнанные нормы и практику международных контрактов⁴.

В деле № 11/2002, рассмотренном по регламенту МКАС, арбитражная оговорка предписывала разрешить спор на основе общих принципов права и *lex mercatoria*. Согласно другому пункту договора все его условия были одновременно подчинены праву истца (России) и ответчика (Германии). Арбитры посчитали, что указание на две национальные правовые системы в действительности свидетельствует об отсутствии выбора национального права и решили спор на основе Принципов УНИДРУА, отражающих *lex mercatoria* и общие принципы⁵.

Помимо указанных выше случаев арбитры также обращались к тексту Принципов УНИДРУА в делах, где фигурировали оговорки о применении «обычаев международной торговли»⁶, «международного права»⁷ и «общих принципов права»⁸.

Использование Принципов УНИДРУА для установления содержания *lex mercatoria*, общих принципов права и тому подобных расплывчатых концепций представляется удобным и разумным решением, которое позволяет определить конкретный перечень норм материального права, применимых к существу спора, без обращения к праву какого-либо суверенного государства (как того предположительно и желают стороны, включая в договор указание на *lex mercatoria*).

В то же время отмечается, что «слепое» использование Принципов УНИДРУА в том случае, когда стороны договорились о применении *lex mercatoria* или общих прин-

¹ Dasser F. That Rare Bird: Non-National Legal Standards as Applicable Law in International Commercial Arbitration // World Arbitration and Mediation Review. 2011. Vol. 5. № 2. P. 143–144.

² ICC Arbitration Case № 9474, Award, February 1999. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=690&do=case> (дата обращения: 20.05.2018).

³ ICC Arbitration Case № 7110, First Partial Award, 1995. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=713> (дата обращения: 20.05.2018).

⁴ ICC Arbitration Case № 8264, Award, 1997. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=658> (дата обращения: 20.05.2018).

⁵ Решение МКАС от 5 ноября 2002 г. по делу № 11/2002. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=857> (дата обращения: 20.05.2018).

⁶ ICC Arbitration Case № 12040, Award, 2003. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1418> (дата обращения: 20.05.2018); ICC Arbitration Case № 8502, Award, 1996. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=655> (дата обращения: 20.05.2018).

⁷ ICC Arbitration Case № 12111, Partial Award, 2003. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=956> (дата обращения: 20.05.2018).

⁸ ICC Arbitration Case № 8264, Award, 1997. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=658> (дата обращения: 20.05.2018).

ципов права, может вступить в противоречие с истинной волей сторон, поскольку далеко не все положения Принципов отражают общепринятые правовые подходы¹. В предисловии к Принципам в редакции 1994 г. прямо говорится, что помимо общепринятых норм они также содержат «наилучшие», с точки зрения составителей, «решения», разработанные с целью максимального обеспечения интересов трансграничного оборота². В связи с этим наиболее правильным представляется подход, избранный в деле № 7375, рассмотренном по Арбитражному регламенту ICC. Придя к выводу о невозможности применения в данном деле права какой-либо национальной правовой системы, состав арбитража постановил разрешить спор между американской компанией и иранским правительством на основе «общих принципов и норм права, применимых к международным договорным обязательствам, которые могут быть квалифицированы как нормы права и получили широкое признание в международном бизнес-сообществе, включая... *lex mercatoria*, принимая во внимание любые релевантные торговые обычаи, а также Принципы УНИДРУА, *насколько они могут рассматриваться в качестве отражения общепринятых принципов и норм*» (курсив мой. – М. К.)³.

В некоторых арбитражных разбирательствах указание в договоре на обычаи международной торговли было интерпретировано как отсылка к Принципам⁴. Нельзя не отметить спорный характер подобного решения. Обычаи по своей юридической силе идентичны простым договорным условиям и подчинены применимому праву⁵. В официальных комментариях к Принципам сказано, что обычаи «связывают стороны как подразумеваемые условия договора»⁶. Следовательно, в отсутствие иных обстоятельств, свидетельствующих о желании сторон полностью подчинить их отношения вненациональному регулированию, само по себе упоминание обычаев международной торговли не является достаточным основанием для применения Принципов УНИДРУА⁷.

Согласно преамбуле Принципов они также «могут использоваться в случае, когда стороны не выбрали право, регулирующее их договор».

Как было отмечено, благодаря использованию формулировки «нормы права» в *leges arbitri* в международном арбитраже признается допустимость коллизионного выбора вненациональных источников, включая Принципы УНИДРУА.

В некоторых правовых порядках законодательство в области международного коммерческого арбитража обеспечивает возможность применения «норм права» арбитрами по собственной инициативе, в отсутствие выбора применимого права сторонами. Так, в силу ст. 1511 Гражданского процессуального кодекса Франции в отсутствие выбора применимого права сторонами состав арбитража разрешает спор согласно нормам права, «которые он посчитает подходящими»⁸. Похожая норма содержится в ст. 187 (2) Закона Швейцарии о международном частном праве: состав арбитража разрешает спор согласно «нормам права, с которыми спор имеет наиболее тесную связь»⁹. Швейцарское регулирование, оперирующее традиционной для коллизионного метода концепцией наиболее тесной связи, может быть истолковано как ограничивающее перечень применимых норм права национальным регулированием¹⁰. Однако многие швей-

¹ Crawford J., Sinclair A. The UNIDROIT Principles and their Application to State Contracts // ICC International Court of Arbitration Bulletin. Special Supplement. 2002. P. 57.

² Introduction to the 1994 UNIDROIT Principles. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994> (дата обращения: 01.05.2018).

³ ICC Arbitration Case № 7375, Award, 1996. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=625> (дата обращения: 01.05.2018).

⁴ См., например: ICC Arbitration Case № 12040, Award, 2003. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1418> (дата обращения: 20.05.2018); ICC Arbitration Case № 8502, Award, 1996. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=655> (дата обращения: 20.05.2018).

⁵ Это следует, например, из п. 2 ст. 5 Гражданского кодекса РФ.

⁶ Комаров А. С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. М., 2013. С. 28.

⁷ Scherer M. The Use of the PICC in Arbitration // Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC) / S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp (eds.). Oxford, 2009. P. 89.

⁸ Code de procédure civile, version consolidée au 1 janvier 2018. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 20.05.2018).

⁹ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé. URL: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html> (дата обращения: 20.05.2018). См. также: ст. 1511 Гражданского процессуального кодекса Франции.

¹⁰ Scherer M. Op. cit. P. 90.

царские специалисты в области международного арбитража полагают, что упоминание «норм права» в тексте ст. 187 Закона о международном частном праве является решающим, и поддерживают возможность применения арбитрами вненациональных источников даже в отсутствие выбора применимого права¹.

Такие страны, как Соединенное Королевство², Австралия³, Германия⁴, Испания⁵, Австрия⁶ и Россия⁷, придерживаются более консервативной формулировки, предложенной в ст. 28 (2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже: «При отсутствии какого-либо указания сторон арбитражный суд применяет право, установленное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми». Иными словами, при отсутствии выбора сторонами применимого права арбитраж обязан определить и применить именно «право», а не «нормы права».

Тем не менее у состава арбитража, подчиненного одному из таких *leges arbitri*, остается возможность применить вненациональные источники (в том числе Принципы УНИДРУА), если арбитражное разбирательство проводится на основе регламента, допускающего применение арбитрами «норм права» по собственной инициативе⁸. Считается, что в этом случае стороны «косвенно» соглашаются с такой возможностью при выборе арбитражного регламента, содержащего коллизионную норму, допускающую применение вненациональных источников⁹.

Комментируемое положение преамбулы Принципов УНИДРУА не содержит оговорок относительно критериев их использования в отсутствие выбора применимого права. Из-за этого может сложиться впечатление, что при наличии либерального *lex arbitri* (допускающего применение «норм права» составом арбитража по собственной инициативе) состав арбитража может произвольно выбрать Принципы УНИДРУА в качестве материального применимого права. Подобный вывод, однако, ошибочен, так как даже сами составители Принципов не предполагали их автоматического применения в отсутствие соглашения сторон о выборе применимого права¹⁰. Примечательно, что первоначальная версия преамбулы в редакции 1994 г. предусматривала возможность обращения к Принципам в отсутствие выбора применимого права только «для решения вопроса, возникающего в случае, когда оказывается невозможным установить соответствующую норму применимого права»¹¹.

Согласно официальному комментарию к рассматриваемому положению преамбулы в редакциях 2004, 2010 и 2016 гг. (Принципы «могут использоваться в случае, когда стороны не выбрали право, регулирующее их договор») использование Принципов в отсутствие соглашения сторон о применимом праве допускается лишь в двух случаях: 1) если из обстоятельств дела следует, что стороны намеревались исключить применение любого национального права; 2) если договор имеет привязки к нескольким правовым порядкам, ни одна из которых не является доминирующей для применения права только одного государства¹².

¹ Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A. Op. cit. P. 365; Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / ed. by M. Arroyo. Alphen aan den Rijn, 2013. P. 164.

² English Arbitration Act 1996, Art. 46 (3). URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/2> (дата обращения: 20.05.2018).

³ International Arbitration Act 1974, Sect. 16 (1). URL: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/console_act/iaa1974276 (дата обращения: 20.05.2018).

⁴ ZPO (Zivilprozessordnung), § 1051. URL: <https://dejure.org/gesetze/ZPO/1051.html> (дата обращения: 20.05.2018).

⁵ Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje, Art. 34 (2). URL: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.t6.html (дата обращения: 20.05.2018).

⁶ ZPO idF SchiedsRÄG 2013, § 603 (2). URL: <https://www.viac.eu/de/schiedsverfahren/inhalte/schiedsrecht-2013> (дата обращения: 20.05.2018).

⁷ Пункт 2 ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

⁸ См., например: ст. 21 (1) Арбитражного регламента ICC (2017); ст. 22.3 Арбитражного регламента LCIA (2014); ст. 27 (1) Арбитражного регламента SCC (2017).

⁹ Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A. Op. cit. P. 360–361.

¹⁰ Scherer M. Op. cit. P. 91.

¹¹ UNIDROIT Principles (1994). URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994> (дата обращения: 01.05.2018).

¹² Комаров А. С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. С. 5; UNIDROIT Principles (2016). URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (дата обращения: 20.05.2018).

Считается, что применение Принципов УНИДРУА в этих двух ситуациях наилучшим образом отвечает ожиданиям сторон, учитывая, с одной стороны, транснациональную специфику конкретного договорного правоотношения и не допуская, с другой стороны, появления договора, не подчиненного никакому применимому праву (англ. *self-sufficient contract*, фр. *contrat sans loi*)¹.

В международной арбитражной практике можно встретить достаточно большое количество споров, в которых арбитры посчитали, что стороны исключили возможность применения к их отношениям права какого-либо государства. Например, в деле № 10422, рассмотренном по Арбитражному регламенту ICC, арбитражная оговорка предписывала применение «нейтрального законодательства, согласованного сторонами», что было интерпретировано арбитрами как намерение применить общие принципы права и *lex mercatoria*, конкретные нормы которых были установлены посредством обращения к Принципам УНИДРУА².

В деле № 10422, рассмотренном по Арбитражному регламенту ICC, арбитражная оговорка прямо предусматривала разрешение спора на основе соглашения, опосредующего отношения внутри транснациональной сети компаний, а также прочих корпоративных документов. Для целей толкования соглашение предусматривало использование релевантных корпоративных документов, прямо исключая применение любого национального права, но предписывая принять во внимание «общие принципы справедливости». Арбитры посчитали, что «наиболее подходящим» применимым правом в данном контексте были «общие принципы права и общие принципы справедливости», а их источником – Принципы УНИДРУА. Арбитраж указал, что Принципы являются надежным источником международного коммерческого права, представляя собой свод «руководящих принципов», получивших всеобщее признание и последовательно применяющихся в арбитражной практике³.

Дело № 9875, рассмотренное по Арбитражному регламенту ICC, можно привести в качестве примера использования Принципов в случае невозможности установить применимое право для всего правоотношения. Данный спор касался лицензионного соглашения, заключенного между французской (истец) и японской (ответчик) компаниями. Согласно условиям этого соглашения истцу предоставлялась исключительная лицензия на производство, продажу и распространение продукции ответчика в странах Европы. В последующем ответчик заключил с третьим лицом (американской компанией) другое соглашение, касающееся того же предмета, что и договор с истцом, и предоставляющее исключительную лицензию на территории Северной Америки и неисключительную лицензию за ее пределами. По мнению истца, ответчик нарушил условия исключительной лицензии, не исключив Европу из сферы действия неисключительной лицензии, предоставленной американской компании. Лицензионное соглашение между истцом и ответчиком не содержало оговорки о применимом праве. Ответчик утверждал, что к договору должно было применяться право Японии как право стороны (лицензиара), осуществляющей характерное исполнение. Истец настаивал на применении французского права, так как именно на территории Франции непосредственно использовалась лицензия и именно во Франции истец понес убытки от действий ответчика. По мнению состава арбитража, совокупность указанных обстоятельств, а также тот факт, что сфера действия исключительной лицензии не распространялась на территорию Японии, не позволили сделать однозначный вывод о применении японского либо французского права. В связи с этим арбитры посчитали, что наиболее подходящим «правом» в такой ситуации будет *lex mercatoria*, включая нормы, сформулированные в Принципах УНИДРУА.

Таким образом, само по себе отсутствие оговорки о выборе применимого права не является достаточным доказательством «негативного выбора» (*negative choice*), т. е.

¹ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration; Комаров А. С. Применение трансграничных норм в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сб. ст. к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А. А. Костина, М., 2012. С. 187.

² ICC Arbitration Case № 10422, Award, 2001. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=957> (дата обращения: 20.05.2018).

³ ICC Arbitration Case № 9797, Award, 2000. URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=668> (дата обращения: 20.05.2018).

желания сторон исключить применение любого национального права. В одном из авторитетных комментариев к Принципам отмечается, что «негативный выбор» необходимо отличать от «простого недосмотра» при заключении договора¹. В то же время существующая практика разрешения трансграничных споров не позволяет выявить конкретные критерии или алгоритм установления «негативного выбора».

Риски отмены арбитражного решения, вынесенного на основе Принципов УНИДРУА

Сегодня большинство государств (159) являются участниками Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее – Нью-Йоркская конвенция), ст. V которой устанавливает исчерпывающий перечень оснований отмены арбитражного решения. Вопрос определения применимого права сам по себе не попадает ни под одно из этих оснований, что согласуется с общей идеей окончательности арбитражного решения и невозможности его пересмотра по существу².

Аналогичный вывод можно сделать и в отношении оснований отмены арбитражного решения, которые устанавливаются национальным законодательством места вынесения арбитражного решения и во многих странах идентичны основаниям, предусмотренным ст. V Нью-Йоркской конвенции. Исполнимость арбитражных решений, вынесенных на основе вненациональных источников, подтверждается в зарубежной и российской судебной практике.

Одним из ключевых прецедентов по данному вопросу стал спор между турецкой компанией «*Pabalk Ticaret*» (истец) и французской компанией «*Norsolor*» (ответчик), в котором арбитраж отказался определять применимое право на основе традиционного коллизионного метода и присудил убытки за незаконное прекращение агентского договора ответчиком, руководствуясь принципом добросовестности и *lex mercatoria*. Данное обстоятельство стало основанием для отмены этого арбитражного решения коммерческим судом Вены, однако Верховный суд Австрии не поддержал подход нижестоящего суда³.

В определении Арбитражного суда г. Москвы от 19 октября 2012 г. по делу № А40-60955/2012⁴ суд указал: «Довод Росгаза о ссылке в решении МКАС на Принципы УНИДРУА не может служить основанием для отмены Решения МКАС... Довод Росгаза о нелогичности и противоречивости выводов в п. 4.8.4 Решения МКАС также не может служить основанием для отмены Решения МКАС, поскольку направлен на переоценку обстоятельств, которые были предметом исследования третейским судом».

Такой консервативный (в хорошем смысле) подход к возможности отмены или неисполнения арбитражного решения, вынесенного на основании вненациональных источников, поддерживается и в доктрине. Согласно резолюции Ассоциации международного права, принятой в Каире в 1992 г., применение арбитром вненациональных источников вместо права конкретного государства не должно само по себе влиять на возможность приведения в исполнение арбитражного решения в случае, если «(1) сто-

¹ Scherer M. Op. cit. P. 93.

² Comparative International Commercial Arbitration / J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. M. Kröll (eds.). The Hague, 2003. P. 678. См. также: п. 12 информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов»; п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений»; определение Конституционного Суда РФ от 26 октября 2000 г. № 214-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ОАО АКБ „Сбергательный банк Российской Федерации“ на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 34 Закона Российской Федерации „О международном коммерческом арбитраже“».

³ *Norsolor S. A. v. Pabalk Ticaret Ltd.*, Oberster Gerichtshof (Supreme Court), 18 November 1982 // Yearbook Commercial Arbitration. 1984. Vol. IX. P. 159–163. См. также: *Companhia Valenciana de Cementos Portland S. A. v. Primary Coal Inc.* // Revue Critique de Droit International Prive. 1990. Vol. 79. P. 305; *Fougerolle v. Banque du Proche-Orient*, Cour de Cassation, 9/12/1981 // Rev. Arb. 1982. P. 183; *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbH (DST) v. Ras Al Khaimah National Oil Co. (Rakoil)* // Lloyd's Law Reports. 1987. Vol. 2. P. 246.

⁴ Оставлено без изменения определением ФАС Московского округа от 28 февраля 2013 г.

роны согласились на применение арбитром таких норм или (2) не возражали против их применения»¹.

В то же время использование вненациональных источников может стать основанием для отмены или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения при наличии процессуальных нарушений в ходе определения и применения материального права. Так, в одном из комментариев к Принципам УНИДРУА отмечается, что в качестве такого нарушения может рассматриваться произвольное применение Принципов без предварительного обсуждения данного вопроса сторонами арбитражного разбирательства². В таком случае арбитражное решение может стать неисполнимым в силу его противоречия публичному порядку ввиду нарушения права сторон представить свои позиции, являющегося элементом права на справедливое судебное разбирательство (ст. V (2) (b) Нью-Йоркской конвенции). Другим потенциальным основанием отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения либо его отмены в описанном выше случае может стать несоблюдение процедуры, согласованной сторонами (ст. V (1) (d) Нью-Йоркской конвенции).

Заключение

Сегодня в международном коммерческом арбитраже допускается выбор вненациональных источников (в том числе Принципов УНИДРУА) в качестве применимого права. В некоторых странах Принципы могут применяться арбитрами и по собственной инициативе – в отсутствие выбора применимого права сторонами. Это стало возможным прежде всего благодаря разграничению в законодательстве о международном коммерческом арбитраже понятий «право» и «нормы права». Термин «нормы права» толкуется современными исследователями и практиками расширительно и включает в себя вненациональные источники, в том числе Принципы. Кроме того, более либеральный подход арбитров к решению вопросов выбора применимого права обусловлен спецификой правовой природы международного коммерческого арбитража.

Благодаря своему транснациональному характеру Принципы УНИДРУА могут использоваться в международном арбитражном разбирательстве для наполнения содержанием таких концепций, как *lex mercatoria*. При этом, однако, необходимо обеспечивать соблюдение процессуальных прав сторон, предоставляя им возможность представить свои позиции относительно допустимости применения Принципов в конкретном деле.

Список литературы

Комаров А. С. Применение трансграничных норм в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сб. ст. к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А. А. Костина. М., 2012.

Комаров А. С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. М., 2013.

Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. А. С. Комарова. М., 2013.

Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / ed. by M. Arroyo. Alphen aan den Rijn, 2013.

Born G. International Commercial Arbitration. 2nd ed. Alphen aan den Rijn, 2014.

Comparative International Commercial Arbitration / J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. M. Kröll (eds.). The Hague, 2003.

Crawford J., Sinclair A. The UNIDROIT Principles and their Application to State Contracts // ICC International Court of Arbitration Bulletin. Special Supplement. 2002.

Dasser F. That Rare Bird: Non-National Legal Standards as Applicable Law in International Commercial Arbitration // World Arbitration and Mediation Review. 2011. Vol. 5. № 2.

Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). The Hague; L.; Boston, 1999.

Gaillard E. Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules // ICSID Review. 1995. Vol. 10.

Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A. International Arbitration – Law and Practice in Switzerland. Oxford, 2015.

¹ Цит. по: Gaillard E. Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules // ICSID Review. 1995. Vol. 10. P. 221.

² Scherer M. Op. cit. P. 108.

- Lew J. Conflict of Laws Rules in Arbitration // Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration / A. van den Berg (ed.). The Hague; Boston, 1996.
- Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration. L., 2007.
- Scherer M. The Use of the PICC in Arbitration // Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC) / S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp (eds.). Oxford, 2009.
- Schreuer C. H. The ICSID Convention: a Commentary. Cambridge, 2009.

References

- Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / ed. by M. Arroyo. Alphen aan den Rijn, 2013.
- Born G. International Commercial Arbitration. 2nd ed. Alphen aan den Rijn, 2014.
- Comparative International Commercial Arbitration / J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. M. Kröll (eds.). The Hague, 2003.
- Crawford J., Sinclair A. The UNIDROIT Principles and their Application to State Contracts // ICC International Court of Arbitration Bulletin. Special Supplement. 2002.
- Dasser F. That Rare Bird: Non-National Legal Standards as Applicable Law in International Commercial Arbitration // World Arbitration and Mediation Review. 2011. Vol. 5. № 2.
- Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). The Hague; L.; Boston, 1999.
- Gaillard E. Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules // ICSID Review. 1995. Vol. 10.
- Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A. International Arbitration – Law and Practice in Switzerland. Oxford, 2015.
- Komarov A. S. Primenenie transgranichnykh norm v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe // Mezhdunarodnyi kommercheskii arbitrazh: sovremennye problemy i resheniya: sb. st. k 80-letiyu Mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazhnogo suda pri Torgovo-promyshlennoi palate Rossiiskoi Federatsii / pod red. A. A. Kostina. M., 2012.
- Komarov A. S. Printsipy mezhdunarodnykh kommercheskikh dogovorov UNIDRUA 2010. M., 2013.
- Lew J. Conflict of Laws Rules in Arbitration // Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration / A. van den Berg (ed.). The Hague; Boston, 1996.
- Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration. L., 2007.
- Printsipy mezhdunarodnykh kommercheskikh dogovorov UNIDRUA 2010 / per. A. S. Komarova. M., 2013.
- Scherer M. The Use of the PICC in Arbitration // Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC) / S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp (eds.). Oxford, 2009.
- Schreuer C. H. The ICSID Convention: a Commentary. Cambridge, 2009.