Міжнародне та іноземне право як регулятор у комерційних спорах: місія виконувана?

Катерина ЦІРАТ,
к.ю.н., юрист, Jurvneshservice

Мабуть, почну з кінця, тобто з відповіді на запитання. Так, місія виконувана. До того ж, з огляду на судову практику України, можна сказати, що загалом ця місія є успішно, але з певними нюансами, про які варто знати.

Можливість застосування іноземного та міжнародного права визначає наявність у правовідносинах сторін, що випливають з договору (контракту) між ними, іноземного елемента, який відповідно до Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі — *Закон*), може виявлятися в одній або кількох формах: в суб'єкті, в об'єкті, а також у формі юридичного факту (п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону).

Без цієї умови неможливе застосування іноземного права та навіть норм міжнародного права, які є визнаними універсальними торговими звичаями (наприклад, Принципи міжнародних комерційних договорів (далі — *Принципи УНІДРУА*)). Зокрема, у постанові Вищого господарського суду України (далі — *ВГСУ*) від 11.05.2017 р. у справі №918/1064/15 вказано: «В цьому випадку відсутні підстави для застосування до договору з дилером ст. 5.8 Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, оскільки сторони договору є суб'єктами господарської діяльності України, юридичними особами, що зареєстровані на території України відповідно до чинного законодавства України. Договір з дилером від 23.06.2005 р. не є зовнішньоекономічним договором і не є міжнародним комерційним договором відповідно до Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА».

Якщо іноземний елемент присутній, а проявляється він зазвичай саме в суб'єктному складі правовідносин з договору, застосування до договору іноземного права можливе у разі угоди сторін про вибір права або якщо суд, застосувавши відповідні колізійні норми Закону, буде змушений застосовувати право іноземної держави.

З міжнародним правом, на відміну від іноземного права, є певні тонкощі. Насамперед, що таке міжнародне право (не в публічно-правовому аспекті, а з позиції міжнародних комерційних відносин)? По-перше, це міжнародні договори, незалежно від їхньої назви (конвенція, угода, договір, протокол тощо), ратифіковані (які стали у зв'язку з цим частиною національного законодавства) та нератифіковані. По-друге, це норми звичаєвого характеру, оформлені у певні зводи (наприклад, Уніфіковані правила щодо інкасо, Принципи УНІДРУА). По-третє, це дискусійне з позиції своєї конкретної наповненості lex mercatoria…

Проблема міжнародного комерційного права (що у широкому розумінні є частиною міжнародного права, а не галуззю приватного права певної держави) значною мірою полягає в тому, що воно має недержавне походження (доктрина Заходу називає такі норми non-state law або non-state rules of law, або transnational laws, або transnational rules). Тобто воно являє собою не класичну конвенцію, яку затвердили представники певних держав, яку згодом підписали та ратифікували, а звід (збірку, кодекс) норм, який зазвичай створюють науковці в межах міжнародних організацій, який не передбачає процедури надання державою згоди на його обов'язковість (ратифікація, приєднання, затвердження, прийняття), що є визначальним для правової природи такого інструмента. Тому держави, в особі яких діють суди (в тому числі господарські суди України), не мають правової основи для застосування таких «незатверджених» державою джерел права. Ця основа з'явилася б у них лише у разі внесення відповідних змін до Конституції та інших законів. Описана проблема стосується сьогодні не лише України, але й абсолютної більшості держав (за винятком однієї відомої мені держави — Парагваю).

Інша ситуація з міжнародними комерційними арбітражами (арбітражі). Арбітражі дозволяють сторонами обирати будь-які (тобто незалежно від походження) норми права (rules of law) (ч. 1 ст. 28 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж, ч. 1 ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ч. 1 ст. 41 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, ч. 1 ст. 21 Арбітражного регламенту Міжнародної торгової палати).

В деяких регламентах поруч вказані два поняття — законодавство (власне, право) (law (s)) та норми права (rules of law). Щоб не залишалося сумніву, що йдеться про різні категорії — право держави та норми права, серед яких можуть бути норми недержавного походження (ст. 22.3 Регламенту Лондонського міжнародного третейського суду, ч. 1 ст. 27 Арбітражного регламенту Арбітражного інституту торгової палати м. Стокгольм, ст. 31.1 Арбітражного регламенту Міжнародного арбітражного центру в Сінгапурі).

Якщо сторони не планують розглядати спір в арбітражі, вони можуть обрати норми міжнародного права, але необхідно мати на увазі, що суд не сприймає такий вибір як самостійний (тобто повноцінний, належний) вибір права. У разі вибору таких норм доречно (адже якщо цього не зроблять сторони, то зробить суд) «страхувати» такий вибір додатково вибором права певної держави. Обрані сторонами норми міжнародного права (виходячи з практики, в абсолютній більшості справ Принципи УНІДРУА) застосовуватимуться у частині, що не суперечить матеріальному праву, обраному сторонами (постанова ВГСУ від 30.11.2010 р. у справі №42/90-10(53/113-09)). Якщо сторони не обрали таке матеріальне право, воно визначається судом (рішення Господарського суду Харківської області від 19.05.2014 р. у справі №922/4175/13).

Інший момент, про який сторонам варто пам'ятати — це те, що не всі питання можуть охоплюватися обраним ними міжнародно-правовим інструментом. Зокрема, якщо сторони вирішують застосовувати до договору між ними конвенцію (наприклад, Конвенцію ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (Віденська конвенція 1980 р.)), то український суд її застосує. Віденська конвенція 1980 р. ратифікована Україною та є частиною її права (законодавства). Однак до питань, які не входять до сфери застосування Віденської конвенції 1980 р., господарський суд застосовуватиме право відповідно до ст. 32, 44 Закону.

Що стосується застосування іноземного права, то тут все «прозоріше». Іноземне право застосовується, якщо є угода сторін про вибір іноземного права (рішення Господарського суду м. Києва від 14.11.2013 р. у справі №910/18137/13), а за відсутності такої угоди, якщо колізійні норми Закону, які застосує господарський суд, вказуватимуть на іноземне право (постанова Рівненського апеляційного господарського суду від 11.07.2017 р. у справі №906/493/16). Які це колізійні норми? Це норми ч. 2, 3 ст. 32, 44

Закону, де відображений другий (після принципу автономії волі сторін) фундаментальний принцип міжнародного приватного права — принцип найбільш тісного зв'язку. Якщо інше не передбачено або не випливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, то правочин більш тісно пов'язаний з правом держави, в якій сторона, яка повинна здійснити виконання, що має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження (ч. 3 ст. 32 Закону).

В більшості випадків суд не ставить під сумнів угоду сторін про вибір права, якщо не йдеться про обхід закону (ст. 10 Закону), застосування імперативних (насправді, надімперативних) норм (ст. 14 Закону) та застереження про публічний порядок (ст. 12 Закону). Відмінність між вказаними трьома категоріями полягає в тому, що лише у разі обходу закону (дій сторін, спрямованих на підпорядкування своїх відносин праву іншому, ніж те, що визначається відповідно до Закону, в обхід його положень) угода сторін про вибір права є нікчемною. Тоді суд застосовує те право, на яке вказуватимуть колізійні норми Закону.

У разі застосування судом імперативних норм або застереження про публічний порядок угода сторін про вибір права не є недійсною. У такому випадку застосовуються імперативні норми права України або імперативні норми права іншої держави, що мають тісний зв'язок з відповідними правовідносинами сторін договору. В частині регулювання інших питань немає обмежень для застосування обраного сторонами іноземного права. Якщо суд застосує застереження про публічний порядок, не використовуватимуться лише ті норми обраного сторонами іноземного права, наслідки (саме це слово є ключовим) застосування яких несумісне з основами правопорядку (публічним порядком) України.

Судова практика щодо застосування цих статей Закону дуже нечисленна. Наприклад, у справі №5011-62/8101–2012 сторони обрали законодавство Англії, що стосується конфлікту правових норм, до правовідносин між акціонерами. У своєму рішенні від 26.10.2012 р. Господарський суд м. Києва вирішив, що має застосовуватися право України відповідно до приписів п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України №13 від 24.10.2008 р. «Про практику розгляду судами корпоративних спорів».

Питанням розкриття змісту іноземного права у процесі вирішення господарського спору може займатися або сторона, яка наймає для цього іноземних адвокатів, які готують правові висновки, підкріплені відповідною судовою практикою (це дорожчий спосіб, але більш оптимальний з позиції експертного рівня та часу), або суд, який звертається з відповідними запитами до Міністерства юстиції відповідної держави. Вважається, що останній спосіб не гарантує бажаної якості висновку, а часові витрати на отримання відповіді на один запит займають в середньому 9 місяців (постанова Львівського апеляційного господарського суду від 19.07.2018 р. у справі №907/606/15; рішення Господарського суду Одеської області від 03.04.2017 р. у справі №916/1491/16). Обрання того чи іншого способу залежатиме від обставин справи, а також від мети, яку поставили перед собою сторони процесу.

Однак у судовій практиці господарських судів України, на мою думку, є прикрі помилки. Зокрема, у справі №914/1847/16 за позовом Tetra Laval Credit AB (м. Лунд, Швеція) до Публічного акціонерного товариства Львівський Холодокомбінат (м. Львів) про стягнення заборгованості та повернення майна за договором лізингу була застосована неправильна колізійна прив'язка: була застосована колізійна прив'язка речового права (lex rei sitae) (право України) замість прив'язки договірних зобов'язань, що вказує на право держави, де сторона, яка повинна здійснити виконання, що має вирішальне значення для змісту правочину (лізингодавець у цій справі), має своє місцезнаходження (право Швеції).

Це так само, як застосовувати до правовідносин, які випливають з договору купівлі-продажу, право місцезнаходження майна, обґрунтовуючи це тим, що насправді йдеться про виникнення та припинення права власності, а не про договір купівлі-продажу (хоча зрозуміло, що відповідно до договору купівлі-продажу відбувається перехід права власності на майно). Крім того, суди застосували Конвенцію УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг (Оттавська конвенція 1988 р.), хоча Швеція (країна місцезнаходження лізингодавця) не є учасницею Оттавської конвенції 1988 р. Застосування останньої суперечить ч. 1 ст. 3 Оттавської конвенції 1988 р. До того ж помилка є дуже прикрою, адже справа пройшла всі три інстанції, а позиція суду (з приводу прив'язки речового права і застосування Оттавської конвенції 1988 р.) не змінилася.

Підсумовуючи, можна сказати, що судова практика представлена (є рішення); норми міжнародного права, якщо вони обрані сторонами як застосовні до договору права, суд використовує лише як допоміжне джерело права; суди визнають вибір іноземного права (з нюансами, передбаченими ст. 10, 12 і 14 Закону); незастосування судом іноземного права, якщо воно підлягало застосуванню відповідно до положень Закону, є підставою для скасування рішення суду (постанова Львівського апеляційного господарського суду від 19.07.2018 р. у справі №907/606/15).