

---

---

# МЕЖДУНАРОДНАЯ ПАНОРАМА

---

---

## Порядок применения норм *lex mercatoria* международным коммерческим арбитражем\*

В условиях стремительного развития товарооборота и появления новых видов торговых сделок особую роль приобретают негосударственные формы регулирования торговли, в частности *lex mercatoria*<sup>1</sup>.

Несмотря на возросшее в правовой доктрине внимание к международному частному праву, понятие *lex mercatoria* должным образом до настоящего времени не разработано ни в российской, ни в зарубежной науке. Оно рассматривается не только как торговое право, но и как международное торговое право<sup>2</sup>, право международной торговли<sup>3</sup>, вненациональное право<sup>4</sup>, транснациональное право<sup>5</sup>, транснациональное коммерческое право<sup>6</sup>, международное право предпринимательской деятельности<sup>7</sup> и др.

Автору представляется возможным рассматривать *lex mercatoria* в качестве универсального регулятора отношений, возникающих в процессе международного коммерческого оборота. На основе анализа практики ведущих международных коммерческих арбитражей можно сделать вывод об использовании *lex mercatoria* в следующих случаях.

### ✓ При наличии прямой ссылки на *lex mercatoria* в международном коммерческом контракте.

Данная форма наиболее распространенная и самая простая. В указанной ситуации имеет место отказ от использования национального законодательства какой-либо страны путем закрепления в договоре прямой ссылки на *lex mercatoria*.

Примером может служить решение от 5 июня 2002 года по делу № 11/2002, рассмотренному Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате РФ (далее – МКАС). Согласно условиям договора споры подлежали разрешению на

---

\* *Статья подготовлена по результатам исследований, проведенных в Гаагской академии международного права, в рамках гранта на участие в Летней программе по международному частному праву (2005 г.).*

<sup>1</sup> *Lex mercatoria* – от лат. торговое право. – См.: Латинская юридическая фразеология / Сост. Б. С. Никифоров. – М., 1978, с. 148.

<sup>2</sup> См., например: Лескина Н. В. Международное торговое право: Курс лекций. — М., 2004; Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. – Минск, 1999.

<sup>3</sup> См., например: Ануфриева Л. П. Международное частное право. В 3-х т. Т. 2: Особенная часть. – М., 2000, с. 217.

<sup>4</sup> См., например: Fouchard P. L. Arbitrage Commercial International. Paris, 1965. P. 401; Smit H. Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis / Lex mercatoria and Arbitration: Discussion of the New Law Merchant / Ed. by Thomas E. Carbonneau. New York, 1990. P. 59; Nygh P. Autonomy in International Contracts. Oxford, 1999. P. 177.

<sup>5</sup> См., например: Goldman B. Lex mercatoria. Boston: Kluwer, 1983; Jessup P. S. The Concept of Transnational Law / Columbia Journal of Transnational Law. 1964, № 1; Мережко А. А. Транснациональное торговое право (*lex mercatoria*). – Киев, 2002; Паисова Л. Принципы транснационального торгового права // Коллегия, 2005, № 4, с. 53–54.

<sup>6</sup> См., например: Langen E. Transnational Commercial Law. Leiden, 1973; Дмитриева Г. К. Международное частное право. – М., 2002, с. 399.

<sup>7</sup> См., например: Шапира Ж. Международное право предпринимательской деятельности. – М., 1993.

основе "общих принципов права *lex mercatoria*"<sup>8</sup>. С учетом этого и исходя из обстоятельств дела было признано, что для разрешения спора доста-точно общих принципов *lex mercatoria*, в качестве которых применены Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (далее – Принципы УНИДРУА).

Помимо выражения воли сторон путем прямой отсылки представляется обоснованным использовать *lex mercatoria* и в случае отсылки к иным подобным положениям (например, общим принципам права, нормам естественного права и др.). Подтверждение правильности такой позиции находим в практике ведущих мировых центров международного коммерческого арбитража.

Неоднократно встречаются ссылки на "общие принципы права" как составную часть *lex mercatoria*<sup>9</sup>. В одном из дел "судебный орган Германии руководствовался не английским правом как правом, применимым к договору, а обратился к "здоровому смыслу" (*common sense*) как части системы *lex mercatoria*"<sup>10</sup>.

При рассмотрении дела № 7110 Международный арбитражный суд при Международной торговой палате (далее – МТП) столкнулся с не менее интересной формулировкой выбора применимого права. В контракте на поставку оборудования было указано, что стороны должны руководствоваться "нормами естественного права" (*rules of natural justice*)<sup>11</sup>. Совершенно обоснованно арбитраж посчитал, что стороны, предусматривая подобную оговорку, имели намерение полностью исключить какое-либо национальное право при регулировании контрактных отношений. Арбитраж указал, что общие правила и принципы, подлежащие всеобщему применению, нашли отражение, в частности, в Принципах УНИДРУА. Исходя из этого, спор был разрешен на основании контрактных условий, обычаев международной торговли и положений Принципов УНИДРУА.

Одним из наиболее ранних зафиксированных обращений к нормам негосударственной правовой природы считают положения контракта, заключенного в 1872 году между Турцией и Общеввропейской компанией по эксплуатации железных дорог Турции. В указанном контракте было предусмотрено, что споры должны разрешаться в соответствии с "общими принципами права, применяемыми большинством государств Европы, в том числе Австрией, Италией, Францией и Германией"<sup>12</sup>.

Необходимо обратить внимание, что ссылки на применение *lex mercatoria* в международных коммерческих контрактах опровергают мнение некоторых противников<sup>13</sup> "торгового права", которые указывают, что *lex mercatoria* является лишь методом принятия решения арбитражем ("method of decision making").

#### ▼ При отсутствии в международном коммерческом контракте указания на выбор применимого права.

Отсутствие в договоре ссылки на применимое право всегда создавало проблемы в случае возникновения спора между сторонами, поскольку оставался нерешенным ключевой вопрос: на основании каких норм необходимо рассматривать данный спор? Формирование *lex merca-*

<sup>8</sup> Розенберг М. Актуальные вопросы практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ // *Хозяйство и право*, 2003, № 12, с. 117.

<sup>9</sup> См., например: Решение Международного центра по разрешению инвестиционных споров от 29 мая 2003 года по делу № ARB (AF)/00/2: *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States* // [Text]: [Electronic resource]: International Centre for Settlement of Investment Disputes. – Access regime: [www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf)

<sup>10</sup> Цит. по: De Ly F. *International Business Law and Lex Mercatoria*. – Amsterdam [etc.]: North-Holland, 1992. P. 260.

<sup>11</sup> Дело ICC № 7110 от 10 февраля 1999 года. См.: Bonell M. J. *The Unidroit Principles and Transnational Law / The practice of transnational law / Ed. by K. P. Berger*. – The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2001. P. 30.

Н. Г. Вилкова данное дело упоминает со ссылкой на "принципы естественного права" (*principles of natural justice*). – См.: Вилкова Н. Г. *Договорное право в международном обороте*. – М.: Статут, 2004, с. 213.

<sup>12</sup> *Examples for the Practical Application of Transnational Law / The practice of transnational law / Ed. by K. P. Berger*. – The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2001. P. 227.

<sup>13</sup> См., например: Gaillard E. *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision-Making? / The practice of transnational law / Ed. by K. P. Berger*. – The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2001. P. 53–66; Mustill M. J. *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years // Arbitration international*. 1988. Vol. 4. P. 91.

toria как вненационального регулятора международного оборота позволяет во многом избежать подобных трудностей.

Представляется, что отсутствие в договоре ссылки на применимое право или порядок его определения необходимо трактовать как форму косвенного отказа сторон от использования норм национального законодательства. Если стороны имели намерение подчинить свои правоотношения праву конкретного государства, это было бы закреплено в договоре.

В судебной практике давно используется подобный подход<sup>14</sup>.

Применение *lex mercatoria* в отсутствие прямой ссылки следует рассматривать как реализацию воли сторон, направленную на исключение из сферы регуляторов отношений по контракту какого бы то ни было национального права.

Ограничение использования *lex mercatoria* возможно в случае "отрицательного выбора" права, подлежащего применению к существу спора, то есть когда стороны непосредственно упомянули, что определенные национальные правовые системы или вненациональное право следует исключить из сферы регулирования.

Примером может служить дело № 8873, рассмотренное МТП в 1999 году<sup>15</sup>. При разрешении спора между испанской и французской компаниями одна из сторон заявила о необходимости применения Принципов УНИДРУА. Однако договор содержал оговорку о том, что все действия сторон должны полностью подчиняться испанскому праву, исключая иное право. На основании данного положения арбитраж правомерно отказался использовать Принципы УНИДРУА, указав, что стороны не желали подчинять договор никакой другой правовой системе, кроме правовой системы Испании.

▼ **Применение *lex mercatoria* наряду с национальным законодательством и международными нормами.**

Несмотря на многочисленные попытки противников *lex mercatoria* противопоставить данную систему национальному праву, объективные предпосылки для этого отсутствуют<sup>16</sup>. *Lex mercatoria* — форма регулирования международного коммерческого оборота посредством реализации воли самих его участников. Национальные правовые системы создают материальные и коллизионные нормы, которые также предназначены для регулирования торговых правоотношений.

Если воля сторон направлена на применение *lex mercatoria*, такие нормы должны использоваться. Если же стороны выбрали в качестве применимого права какую-либо национальную правовую систему, то нормы *lex mercatoria* также могут быть использованы. Цель применения *lex mercatoria* в данной ситуации такова:

- 1) устранение пробелов национального законодательства, а также международных конвенций, соглашений и иных актов;
- 2) интерпретация, толкование договорных условий;
- 3) толкование, дополнение положений, закрепленных в праве конкретной страны, в соответствии с целями международной торговли.

По мнению А. В. Смитюх, *lex mercatoria* используется как средство дополнения и "легитимизации применения внутригосударственного законодательства"<sup>17</sup>.

Как уже отмечалось, национальное законодательство, разработанное исключительно для регулирования внутренних правоотношений, не учитывает специфику осуществления торговых операций на международном уровне. Кроме того, нормы *lex mercatoria* развиваются более

<sup>14</sup> Дело ICC № 7375 от 5 июня 1996 года. См.: ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 10, № 2. 1999. P. 39–57; дело ICC № 8261 от 27 сентября 1996 года. См.: Bonell M. J. The Unidroit Principles and Transnational Law / The practice of transnational law / Ed. by K. P. Berger. — The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2001. P. 30.

<sup>15</sup> Дело № 8873 от 27 января 1999 года // ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 10, № 2. 1999. P. 81.

<sup>16</sup> См., например: Delaume G. R. Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: the Myth of the Lex Mercatoria // Tulane Law Review. 1989. № 63. P. 575; Mann F.A. Introduction / Lex mercatoria and Arbitration: Discussion of the New Law Merchant / Ed. by T. E. Carbonneau. New York: Transnational Juris Publication, Inc, 1990. P. 2; Звеков В. П. Международное частное право: Курс лекций. — М.: Норма, 2001, с. 303 и др.

<sup>17</sup> Смитюх А. В. *Lex mercatoria* и национальное право // Юридическая практика, 2002, № 1, с. 11.

динамично, что, в свою очередь, обеспечивает им высокую степень адекватности современным потребностям международного товарооборота.

Учитывая изложенное, совершенно логичным представляется применение *lex mercatoria* даже в том случае, когда стороны избрали какое-либо национальное право.

Подобная ситуация сложилась при рассмотрении арбитражем *ad hoc*, созданным в Окленде (Новая Зеландия), спора между компаниями из Новой Зеландии и Австралии. В договоре поставки были предусмотрены положения, которые могли быть подвергнуты двусмысленному толкованию. Перед арбитрами возник вопрос: может ли поведение сторон спора после заключения между ними договора поставки являться средством толкования договоренности, зафиксированной в договоре? Арбитраж признал положения права Новой Зеландии по этому вопросу слишком неопределенными. Для обоснования ссылки на поведение сторон после заключения договора суду пришлось применить ст. 4.1, 4.2, 4.3 Принципов УНИДРУА, поскольку это оказались единственные международные нормы, содержащие ответ на поставленный вопрос<sup>18</sup>.

Следует отметить, что МКАС поступает аналогичным образом. Примерами могут служить решения МКАС по делу № 97/2002 от 6 июня 2003 года<sup>19</sup>, делу № 100/2002 от 19 мая 2004 года<sup>20</sup>, делу № 174/2003 от 12 декабря 2004 года<sup>21</sup> и др., где наряду с российским правом и положениями Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи 1980 года были применены Принципы УНИДРУА о международных коммерческих контрактах.

Нередко *lex mercatoria* используется в качестве средства интерпретации, толкования положений контракта. 17 февраля 2006 года судебный орган Великобритании рассматривал дело между двумя национальными компаниями. Одна из сторон по договору (агент) обязалась осуществлять поставки оборудования для трудового персонала другой компании (клиента). В договоре было указано, что агент имеет статус поставщика в отношениях с клиентом<sup>22</sup>, а также что договор неделимый и заменяет все предшествующие переговоры или соглашения в устной или письменной форме. В ходе исполнения обязательств возник спор о том, из какого договора вытекают сложившиеся отношения: поставки или агентирования. Исходя из того, что применимое право не давало ответов на поставленные вопросы, суд обратился к дополнительным источникам в виде "различным документам международного характера"<sup>23</sup> (Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи 1980 года, Принципам УНИДРУА и др.).

Аналогичная позиция была отражена при разрешении МТП дел № 8769, № 8908. Арбитры неоднократно указывали, что акты, составляющие *lex mercatoria*, необходимо использовать при рассмотрении всех спорных ситуаций, возникающих из контрактов международного характера<sup>24</sup>.

В заключение необходимо обратить внимание на положения п. 1 (d) ст. V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.), в силу которого в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж.

<sup>18</sup> См.: Решение арбитража *ad hoc* г. Окленда от 17 августа 1995 года. Цит. по: Смітюх А. В. Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та *lex mercatoria* в контексті міжнародного приватного права: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одеський національний ун-т ім. І. І. Мечникова. – Одеса, 2003, с. 138.

<sup>19</sup> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2003 г. / Сост. М. Г. Розенберг. – М.: Статут, 2004, с. 37–42.

<sup>20</sup> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2004 г. / Сост. М. Г. Розенберг. – М.: Статут, 2005, с. 65–70.

<sup>21</sup> Там же, с. 211–217.

<sup>22</sup> Дело № 2006/EWCA от 17 февраля 2006 года // <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1119&step=Abstract>

<sup>23</sup> Там же.

<sup>24</sup> См., например: Дело ICC № 8908 от 3 марта 1999 года // ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 10, № 2. 1999. P. 83.

Детальный анализ п. 1 (d) указанной статьи, а также практики его использования позволяет сделать вывод, что отказ в использовании lex mercatoria в качестве применимого права неправомерен, поскольку отражает волю сторон в выборе норм, на основании которых должен быть разрешен их спор.

Сделав в контракте ссылку на lex mercatoria, стороны ожидают применения соответствующих норм, а не выбор какого-либо национального права.

**О. АБЛЁЗГОВА,**  
ассистент кафедры российского и международного частного права  
Саратовского государственного университета,  
соискатель кафедры международного права  
Российской академии правосудия

реклама

**02.08**

**ЮРИДИЧЕСКИЕ СЕМИНАРЫ**  
ПРИГЛАШАЕМ ПРИНЯТЬ УЧАСТИЕ В СЕМИНАРАХ, ПРОВОДИМЫХ В Г. МОСКВА\*

**28** ЯНВАРЯ:  
**1** ФЕВРАЛЯ **СДЕЛКИ С НЕДВИЖИМОСТЬЮ и особенности РЕГУЛИРОВАНИЯ ЗЕМЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ. Обзор практики рассмотрения споров**  
Руководитель семинара: **ВИТЯНСКИЙ В.В.** (заместитель Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ)

**4-8** ФЕВРАЛЯ **КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО: актуальные проблемы и обзор изменений законодательства**  
Руководитель семинара: **МАКОВСКАЯ А.А.** (судья Высшего Арбитражного Суда РФ)

**7-8** ФЕВРАЛЯ **ПРАВА НА РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ. Комментарий разработчиков IV Части Гражданского кодекса РФ**  
Руководитель семинара: **МАКОВСКИЙ А.Л.** (первый заместитель председателя Совета Исследовательского центра частного права)

**12-13** ФЕВРАЛЯ **ОБОРОТ ЗЕМЕЛЬНЫХ УЧАСТКОВ: правовое регулирование и судебная практика**  
Руководитель семинара: **ЗАВЬЯЛОВ А.А.** (заведующий кафедрой управления собственностью субъектов РФ и муниципальных образований Высшей школы приватизации и предпринимательства - Институт (ВШПИ))

**13-14** ФЕВРАЛЯ **НАЛОГОВЫЕ СПОРЫ. Защита прав налогоплательщиков**  
Руководитель семинара: **БАЦИЕВ В.В.** (начальник управления анализа и обобщения судебной практики Высшего Арбитражного Суда РФ)

**18-22** ФЕВРАЛЯ **ДОГОВОРНОЕ ПРАВО: актуальные вопросы судебной практики**  
Руководитель семинара: **САРБАШ С.В.** (председатель судебного состава Высшего Арбитражного Суда РФ)

**26-29** ФЕВРАЛЯ **ДОГОВОРЫ, СВЯЗАННЫЕ С ИНВЕСТИЦИОННО-СТРОИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ: комментарий изменений законодательства**  
Руководитель семинара: **МАКОВСКАЯ А.А.** (судья Высшего Арбитражного Суда РФ)

Лицензия Серия А Регистрационный № 019734 от 15 марта 2006 г.

ТЕЛЕФОН:  
**436-08-65**

E-MAIL:  
**POST@STATUT.RU**

INTERNET:  
**WWW.STATUT.RU**

\* Данный план является предварительным. Возможны изменения дат проведения семинаров