

# Чим може обернутися прийняття проекту ЗУ № 6591?

## Врегулювання спірних питань, пов'язаних із міжнародними комерційними контрактами

Тетяна СЛІПЧАК

Партнер

Олена ПЕРЕПЕЛИНСЬКА

Старший юрист

ЮФ «Василь Кісіль і Партнери»

25 червня 2010 року у Верховній Раді України було зареєстровано (за № 6591) проект закону «Про внесення змін до деяких законів України з питань міжнародного приватного права» (щодо захисту майнових та немайнових інтересів України як держави, її територіальних громад, а також осіб, які перебувають у державній або комунальній власності, у міжнародних спорах) (далі – Проект).

Проект спрямований на врегулювання питань, пов'язаних з міжнародними комерційними контрактами, стороною яких є українські державні та комунальні підприємства, територіальні громади, а також Україна як держава.

І в першу чергу вирішення спорів з таких контрактів, застосованого до них права, а також виконання відповідних іноземних судових і арбітражних рішень на території України.

Ці питання, безумовно, є актуальними, а їх врегулювання – необхідним. Однак запропонований Проектом методи задоволення задекларованої в Пояснювальній записці до нього мети – захисту інтересів держави України та державних підприємств – викликають не просто здивування, а й побоювання за майбутнє України та її статусу європейської правової держави в цілому, адже прийняття Парламентом України цього Проекту та реалізація його на практиці призведе до порушень Україною своїх міжнародних зобов'язань. І негативні наслідки цього для міжнародного іміджу України та її відносини з міжнародним співтовариством важко навіть уявити.

Як спеціалісти, що займаються на практиці питаннями міжнародного приватного права і арбітражу, ми спробували оцінити положення Проекту та ефект, який вони можуть мати для України, українських державних і комунальних підприємств, а також іноземних контрагентів та інвесторів.

### РИЗИКИ ПОРУШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ УКРАЇНИ

(і) Проектом пропонується внести зміни до Закону «Про правонаступництво України», а саме, передбачити, що міжнародні договори ЄСРП та УРСР, стороною яких Україна стала у порядку правонаступництва (серед цих договорів такі фундаментальні багатосторонні міжнародно-правові акти, як Нью-Йоркська Конвенція про визнання та звернення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. та Європейська Конвенція про зовнішньоторговий арбітраж 1961 р.), діють лише в тій мірі, в якій вони не суперечать, серед іншого, Закону «Про міжнародне приватне право» («Закон про МПРП»). Причому у новій запропонованій редакції Проекту. При цьому згідно з перехідними положеннями Проекту вказане обмеження повинно застосовуватися також і до Вашингтонської конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року, і на дію якої Закон «Про правонаступництво України» не розповсюджується в принципі.

Внесення подібних змін фактично є спробою «переплутати» в односторонньому порядку участь

України у низці міжнародних договорів, стороною яких вона як незалежна держава була майже 20 років. Зробивши заяву про правонаступництво щодо міжнародних договорів невдовзі після проголошення незалежності, Україна стала стороною відповідних договорів та взяла на себе визначене коло міжнародних зобов'язань. Запропонована Проектом відмова від цих зобов'язань за своєю формою та змістом суперечить міжнародно-правовим нормам у сфері права міжнародних договорів та правонаступництва держав і перш за все положенням Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. та Віденської конвенції про правонаступництво держав щодо міжнародних договорів 1978 р., учасницею яких є Україна.

Будь-які подальші зміни зобов'язань за відповідними міжнародними договорами можуть бути зроблені лише у порядку, безпосередньо передбаченому цими договорами та з дотриманням загальних положень права міжнародних договорів. Одностороннє ж, ретроспективне обмеження або перегляд кола таких зобов'язань шляхом внесення змін до національного законодавства є недійсним з точки зору міжнародного права. А самі зміни в жодному разі не можуть слугувати виправданням для невиконання міжнародного договору.

З огляду на вищевикладене, прийняття та застосування положень законопроекту в цій частині безумовно спричинить значні негативні наслідки для міжнародного іміджу України в цілому та її інвестиційної привабливості зокрема.

(іі) Низка положень Проекту щодо визнання та виконання іноземних арбітражних рішень на території України суперечить положенням Нью-Йоркської Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, 1958 р. Так, Проектом пропонується додати до Закону «Про міжнародні комерційні арбітражі» (Закон про МКА) та до Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК) додаткову підставу для відмови у визнанні та виконанні іноземних арбітражних рішень на території України, хоча Нью-Йоркська Конвенція у ст. V встановлює вичерпний перелік підстав для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення. Не зовсім зрозуміло, чи має на меті Проект «переплутати» участь України у Нью-Йоркській Конвенції взагалі (див. коментар (і) вище), чи просто не враховує, що положення вказаної Конвенції мають перевагу над положеннями законів України і, з огляду на кількість держав-учасниць Нью-Йоркської Конвенції (144), фактично зводять до мінімуму можливість застосування запропонованих у Проекті змін. Крім того, беручи до уваги, що запропоновані обмеження щодо визнання та виконання стосуються лише іноземних арбітражних рішень, їх застосування також суперечить ст. III Нью-Йоркської Конвенції, яка передбачає, що «до визнання та виконання [іноземних] арбітражних рішень ... не можуть застосовуватися більш обтяжливі умови, ... аніж ті, які існують щодо визнання та виконання внутрішніх рішень».

При цьому слід зазначити, що під визнанням «внутрішнє арбітражне рішення» потрапляють не тільки рішення МКАС та МАК при ТПП України, але і будь-яке інше арбітражне рішення, постановлене згідно з регламентом іноземного інституційного арбітражу (якщо

останній це дозволяє) чи арбітражу ad hoc, у випадку, якщо місцем арбітражу було обрано / призначено Україну.

(ііі) Явно протиправним з міжнародно-правової точки зору є й запропоновані у Проекті положення про арешт, конфіскацію або інше обмеження права власності іноземної держави у відповідь на арешт, конфіскацію або інше обмеження права власності при визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення проти держави України та державних підприємств за кордоном.

Згідно з правом міжнародної відповідальності такі заходи є теоретично можливими лише у відповідь на порушення відповідними державами норм міжнародного права щодо України та лише в порядку, встановленому нормами міжнародного звичаєвого права у цій сфері (у тому числі викладених у розроблених Комісією міжнародного права Статтях про відповідальність держав за міжнародно-протиправні дії). Але Проект не зазначає такої передумови застосування вказаних заходів. А відтак, можна зробити висновок, що Проект передбачає накладення арешту, проведення конфіскації або інше обмеження права власності іноземної держави на території України у відповідь на дії, вчинені компетентними органами відповідної іноземної держави згідно з міжнародним правом, правозастосовною практикою та правом законодавства держави суду. Відповідно, дії України щодо звиктання таких заходів можуть бути кваліфіковані як експропріація власності іноземної держави у розумінні міжнародного права з усіма наслідками, що з цього випливають.

На наш погляд, вже цього достатньо, щоб застеретти, що прийняття Проекту та його подальша практична реалізація можуть призвести до низки інвестиційних позовів проти держави України щодо порушення нею своїх міжнародно-правових, у тому числі інвестиційних зобов'язань, та навіть застосування до України міжнародно-правових санкцій.

### РИЗИКИ ДЛЯ ДЕРЖАВНИХ І КОМУНАЛЬНИХ ПІДПРИЄМСТВ

(іv) Повна заборона реалізації принципу автономії волі щодо держави України, територіальних громад, та осіб, що перебувають у їх власності, у сфері комерційних відносин (ст. 5 Закону про МПРП) не відповідає загальноприйнятій міжнародній практиці та може поставити українські підприємства у невідвільне становище, оскільки для багатьох сфер міжнародних комерційних відносин вже установлене є право сторін обрати застосовне до їх комерційних відносин право (тобто принцип автономії волі). Інколи від можливості реалізації цього принципу залежить згода іноземних контрагентів на укладення договору з тим чи іншим українським державним підприємством. Відповідно, у разі неможливості його реалізації, багато українських державних підприємств просто не зможуть придбати у іноземних контрагентів необхідні для їх нормального функціонування товари, роботи, послуги.

(v) Що ж до запропонованої Проектом заборони застосування іноземного права у всіх та будь-яких комерційних відносинах за участю держави України, її територіальних громад, державних і комунальних підприємств (ст. 32 Закону про МПРП), то її встановлення

на практиці навряд чи допоможе досягти задекларованої у Пояснювальній записці мети – повністю виключити застосування іноземного права до правовідносин за участю вказаних суб'єктів права, – оскільки Проектом не врахована специфіка застосування подібних норм. Адже така норма є односторонньою колізійною нормою. І вона, безумовно, є обов'язковою для застосування українськими судами. Але за межами України її застосування буде вкрай обмеженим. Іноземний суд / арбітраж не зобов'язаний керуватися та взагалі зважати на колізійні норми українського права (застосування прямого вибору права). Тому цілком можлива ситуація, коли іноземний суд або арбітраж постановить рішення на підставі іноземного права, застосування якого визнає більш обґрунтованим, і в подальшому таке рішення може бути безперешкодно виконане поза межами України за місцем знаходження активів відповідного державного підприємства України.

(vi) Встановлення виключної підсудності судам України справ за участю державних та комунальних підприємств та заборона передачі таких спорів на вирішення іноземними арбітражами (ст. 77 Закону про МПРП) ставлять цілий ряд державних підприємств, серед яких і судноплавні компанії, у невигідне становище, оскільки в багатьох сферах міжнародної торгівлі усталеним та загальноприйнятним є розгляд спорів іноземними арбітражами.

При цьому іноземні контрагенти та суди іноземних держав не будуть пов'язані положеннями про виключну підсудність спорів судам України, адже ці норми є процесуальними і застосовними тільки у державі суду (тобто судами України). А відтак, запропоновані зміни не виключать можливість ініціювання судових чи арбітражних (на підставі, наприклад, відповідного застереження у стандартних формах чартерів) провадження за межами України, особливо якщо відповідне рішення можливо виконати поза територією України за місцем знаходження майна відповідача. Більше того, такі положення не тільки не захищають інтереси держави України, її територіальних громад, державних та комунальних підприємств, а й навпаки, значно ускладнюють захист такими компаніями своїх інтересів у відносинах з іноземними контрагентами. Наприклад, українські державні підприємства, за логікою Проекту, мають звертатися за вирішенням будь-яких спорів з іноземними контрагентами та захистом своїх прав за контрактами з ними виключно до судів України. Залишаючи без коментарів присутність положень щодо підвідомчості більшості таких спорів та реальних строків розгляду справ з іноземним елементом судами України, необхідно звернути увагу також на перспективи подальшого визнання та виконання рішення державного суду України на території іноземної держави. Останнє є значно більш проблематичною та складною процедурою, аніж визнання та виконання рішення міжнародного арбітражу.

### РИЗИКИ ДЛЯ ІНОЗЕМНИХ КОНТРАГЕНТІВ ТА ІНВЕСТИТОРІВ

(i) Успереч загальним принципам права та ст. 58 Конституції України у перехідних положеннях Проекту фактично передбачається його ретроактивна дія. Фактично, Проектом пропонується «змінити»

умови всіх чинних договорів, стороною яких є українські державні та комунальні підприємства, територіальні громади та держава України, в частині застосовуваного права та вирішення суперечок, а також унеможливити виконання іноземних судових та арбітражних рішень, винесених відповідно до узгоджених сторонами положень контрактів. Звичайно, що такі «зміни» не відповідають інтересам іноземних контрагентів.

(ii) Запропонований Проектом зміни щодо невинуватого суттєвого розширення переліку справ, підсудних виключно судам України (ст. 77 Закону про МПРП), та одночасне обмеження кола справ, які можуть бути передані сторонами на вирішення іноземного комерційного арбітражу, можуть значно зашкодити інтересам іноземних інвесторів та інвестиційному клімату України в цілому. Особливо це стосується угод між державою України та інвестором (наприклад, концесійні угоди), оскільки розгляд спорів нейтральними судовими / арбітражними установами є однією з найважливіших інвестиційних гарантій. Наприклад, для концесійних угод з нерезидентами України ця гарантія закріплена у ч. 2 ст. 16 Закону України «Про концесії».

(iii) Особливу небезпеку несуть в собі положення щодо визначення спорів, підсудних виключно судам України, через зворот «спір пов'язано з», що дозволяє дуже широко тлумачити інші положення цієї статті, та кваліфікувати як підсудний виключно судам України спір, який фактично має дуже слабкий зв'язок з Україною. **Невиправдані є також поширення виключної підсудності на спори щодо обігу цінних паперів та деривативів (наприклад, купівля-продаж акцій), що є сферою комерційної сфери та явно виходить за рамки обмежень, встановлених ч. 2 ст. 12 Господарського кодексу України.**

### ВИСНОВОК

У запропонованій редакції Проекту не тільки не забезпечує досягнення поставленої мети, але і може привести до різкого падіння міжнародного іміджу України та її інвестиційної привабливості. Останнє матиме негативні наслідки не тільки можливу відмову іноземних інвесторів від низки проектів (в тому числі пов'язаних з ЄВРО 2012) чи відмову міжнародних фінансових інституцій від здійснення фінансової допомоги, але і різкий ріст звернень з позовами проти України в порядку інвестиційного арбітражу.

Звичайно, що це не допоможе досягти економічної мети прийняття Проекту – економії витрат державного бюджету, оскільки витрати на участь у значних вище інвестиційних арбітражах, а також можливі виплати за рішеннями таких арбітражів можуть бути просто астрономічними. Останнє у сукупності з відтоком іноземних інвестицій здатне спровокувати політичний та економічний дефолт України.

І наостанок, хотілося б відмітити, що заборона чи відмова від прийняття у всьому цивілізованому світі механізмів не допоможе уникнути багатомільйонних позовів проти України, її територіальних громад, державних і комунальних підприємств за допущеними ними порушення своїх зобов'язань за міжнародними контрактами чи інвестиційними угодами. Більш ефективно просто не допускати подібних порушень.