

Горда Ю. І.,

аспірант кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ТЛУМАЧЕННЯ ПУБЛІЧНОГО ПОРЯДКУ У СВІТЛІ СУДОВОЇ ТА АРБІТРАЖНОЇ ПРАКТИКИ

Анотація. У статті досліджуються та аналізуються питання застосування публічного порядку через призму конкретних судових та арбітражних рішень у системі міжнародного приватного права.

Ключові слова: публічний порядок, судові рішення, арбітражні застереження, конфліктне право.

Постановка завдання. Категорії публічного порядку відводиться чимало уваги з точки зору доктринальних досліджень. Разом з цим, досить обмеженою є інформація щодо застосування механізму застереження про публічний порядок у судовій та арбітражній практиці.

Можливість застосування застереження про публічний порядок фіксується у різних національних та міжнародних документах. Хоч з моменту виникнення праобразу теорії публічного порядку в міжнародному приватному праві минуло понад 200 років, основний фокус дискусії, як і два століття назад, займає питання визначення контенту категорії публічного порядку. Дана робота є спробою ілюстрації характерних прикладів застосування та тлумачення застереження про публічний порядок, визначення особливостей його змісту та сенсу через призму міжнародної судової практики. Обсяг статті не дозволяє охопити та висвітлити усі аспекти багатогранної категорії публічного порядку, тому автор обмежився окремими прикладами судових/арбітражних кейсів та їх аналізу.

Акцент дослідження спрямований на спори, розглянуті суддями, арбітрами США та Великобританії. Пояснити це можна шляхом цитати одного з найбільш відомих дослідників конфліктного права, який у своїй роботі «Select Essays on International Trade Law» зазначав, що кожний юрист Британії скаже вам те, що для нього загальний сенс права та справедливості набагато важливіші аніж доктрина права [4, с. 5].

Виклад основного матеріалу. Часто необхідність застосування застереження про публічний порядок виникає при вирішенні питання про визнання та виконання арбітражних рішень. Разом з цим, механізм застереження про публічний порядок може спрацьовувати ще на етапі застосування арбітражного застереження, тобто, до початку арбітражного розгляду справи вирішується питання дійсності арбітражного застереження.

1. Верховний суд США у справі MARMET HEALTH CARE CENTER V. CLAYTON BROWN 2012 у. [5] розглядав спір між будинком пристарілих та трьома фізичними особами (Clayton Brown, Jeffrey Taylor, and Sharon Marchio). Позов був поданий родичами фізичних осіб. Договори по догляду будинком пристарілих за фізичними особами Clayton Brown та Jeffrey Taylor були ідентичні та містили застереження про вирішення усіх спорів у арбітражі, окрім тих, що стосуються прострочення платежів пацієнтами. Договори передбачали необхідність сплати значних коштів арбітражу тільки за саму подачу заяви про початок розгляду спору. Договір з фізичною особою Sharon Marchio також включав пункт про арбітражний розгляд усіх спорів між пацієнтом та будинком пристарілих, але не містив положення щодо обов'язковості сплати коштів за подачу заяви про початок арбітражного розгляду.

Родичі вимагали визнати арбітражне застереження недійсним. Верховний суд США щодо усіх трьох вищезгаданих договорів зазначив, що з точки зору публічного порядку Західної Вірджинії, арбітражне застереження у договорах, укладених будинком пристарілих, халатність працівників якого призвела до завдання особистої шкоди/смерті, не може бути застосоване.

Суд вказав на неможливість арбітражного розгляду спорів, де йдеться про завдання шкоди здоров'ю чи смерті в результаті протиправних дій (в даному випадку будинку пристарілих).

У рішенні зазначено, що арбітражне застереження у такого роду договорах (щодо надання послуг по догляду за пристарілими), де в подальшому розглядаються питання завдання шкоди здоров'ю є недобросовісним. Верховний суд США тлумачив дані обставини таким чином, що арбітражне застереження, яке застосовується до правовідносин, що стосуються завдання шкоди здоров'ю або смерті в результаті протиправних дій будинку пристарілих є у чистому вигляді порушенням публічного порядку.

Даний кейс чітко демонструє наступну позицію Верховного суду США: спори в яких йдеться про компенсацію шкоди завдану здоров'ю особі або компенсації шкоди родичам завдання якої призвела до смерті особи не є арбітрабельні. Вони порушують публічний порядок. Важливо звернути увагу на той факт, що суд апелював не до публічного порядку США, а саме: до публічного порядку Західної Вірджинії. Це дає підстави говорити про те, що аналогічні спори теоретично можуть бути визнані арбітрабельними та не порушувати публічний порядок, скажімо, у штатах Індіана, Колорадо, Огайо чи Алабама.

2. У справі Les Laboratoires Servier and other (Appellants) v Apotex Inc and others (Respondents) [2014] UKSC 55, Верховний суд Великобританії надав широке тлумачення поняття «аморальність» крізь призму категорії публічний порядок.

Так, апелянт був утримувачем ряду патентів на медичні препарати. Патентний захист на дані медичні препарати в Європі закінчився в 2003 році, але захист патенту кристалічної форми на лікарський препарат у Великобританії продовжував свою дію у часі і філія у Великобританії мала ексклюзивну ліцензію на патент щодо форми. Захист патенту у Канаді щодо самого медичного препарату мав діяти до 2018 р. Відповідачі (разом – група компаній «Apotex») – канадська група, що спеціалізується на виготовленні та маркетингу генеричних фармакологічних продуктів.

Група компаній «Apotex» розпочала імпортувати і продавати генеричні фармакологічні продукти до Великобританії у кінці липня 2006 року. Апелянт – компанія Servier зумів у судовому порядку отримати рішення про тимчасову заборону таких поставок. Відповідно до рішення про тимчасову поставку, компанія Servier повинна була надати перехресне зобов'язання відшкодування шкоди, тобто, це означало, що компанія Servier було зобов'язано компенсувати групі компаній «Apotex» усі можливі витрати від застосування рішення про тимчасову заборону поставок медичних препаратів у випадку якщо згодом буде з'ясовано, що дане рішення буде визнане безпідстав-

ним. Було погоджено, що розмір компенсації розраховуватиметься виходячи з того, що за проміжок тимчасової заборони продажу медичних препаратів група компаній «Arotex» продала б 3,6 млн. упаковок медичних препаратів у Великобританії. Ці медичні препарати мали б бути виготовлені у Канаді та продані у Великобританії.

Даний спір виник в силу того, що компанія Servier заявила про порушення публічного порядку діями групою компаній Arotex, тому продаж продукції, яка виробляється в Канаді, буде незаконною у Великобританії в силу того, що є недійсним патент дочірнього підприємства Канади. Компанія Servier отримала рішення у свою користь у першій інстанції, але дане рішення було скасоване.

Верховний суд одногосно відхилив заяву компанії Servier і вказав, що порушення канадського патенту компанією Arotex не породжує категорії «аморальність» у діяннях відповідача. «Аморальність» включає в себе порушення публічного права держави (або у деяких випадках публічний порядок). Парадигма категорії «аморальність» є кримінальним актом. Більше того, категорія «аморальність» включає деякі «квазі-кримінальні» діяння, такі як: 1) шахрайські чи корупційні дії; 2) такі аморальні дії, як проституція, які не є кримінальним злочином, але перечають публічному порядку; 3) порушення державних норм, що прийняті для захисту публічних інтересів та залучають цивільні санкції караючого характеру.

В даному випадку Верховний суд Великобританії не знайшов підтвердження порушення публічного порядку і відхилив усі доводи компанії Servier.

Варто звернути увагу на ті орієнтири, які Верховний суд Великобританії надав для ідентифікації порушення публічного порядку, а саме: шахрайство, корупція, проституція. Необхідно розуміти, що йдеться саме про внутрішній (національний) публічний порядок Великобританії. Адже, до прикладу, ряд держав легалізувало таке явище як проституція і такі діяння в даних країнах не можуть розглядатись як «аморальні» та такі, що порушують публічний порядок.

3. У 1963 р. арбітр Міжнародної торгової палати (ICC) Лагергрєн (справа № 1110) [6, с. 72]. одноособово розглядав арбітражний спір, що розпочався з ініціативи британської компанії.

Так, дана компанія виграла тендер, що був оголошений урядом Аргентини, але «посприяла» цьому приватна фізична особа, що отримала незаконну винагороду за дачу хабара аргентинським чиновникам. Арбітр, відмовляючи у задоволенні вимог сторін процесу, у рішенні вказав: «... неможливо відкидати існування загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями, відповідно до яких договори, що порушують добрі звичаї або міжнародний публічний порядок, являються незаконними або не підлягають примусовому виконанню, а тому не можуть бути санкціоновані судами або арбітрами. Не представляється можливим закрити очі на деструктивний вплив (вказаної суми хабара) на практику здійснення ділових операцій, що призводить в подальшому до підриву індустріального прогресу. Корупція являється міжнародним злом і суперечить публічному порядку... Моє рішення базується не на будь-яких національних нормах..., а на загальновизнаних принципах...» [7, с. 15].

З даного кейсу випливає, що корупція у будь-яких її проявах (дача/отримання хабара) представникам публічного апарату держави є порушенням публічного порядку. Більше того, арбітр Лагергрєн вказав на існування і порушення міжнародного публічного порядку, а корупцію визнав злом, з яким повинні боротися усі цивілізовані держави. Це рішення стало наріжним каменем для того, аби у Конвенції про боротьбу з підкупом

посадових осіб у міжнародних комерційних угодах (OECD Convention on Combating the Bribery of Officials in International Transactions) затвердженою конференцією уповноважених представників 21 листопада 1997 р., було зазначено про міжнародну стурбованість щодо того, що вплив корупції на нормальні міжнародні комерційні відносини постійно зростає. У зв'язку з цим, міжнародним співтовариством було досягнуто консенсусу, що корупція та хабарництво порушують міжнародний публічний порядок.

4. У 1998 році відбувся розгляд справи Westacre Investments Inc. v. Jugoinport SPDR Holding Co. Ltd., де Високий Суд Англії та Уельсу зіткнувся з проблемою надання законної сили рішенню Міжнародної торгової палати (ICC), винесеного в Швейцарії. Так, компанія Westacre та компанія Jugoinport уклали «інформаційно-консультативну» угоду, за якою компанія «Westacre» погодилась «сприяти» компанії Jugoinport у отриманні оборонного замовлення від уряду Кувейту. Компанія Westacre ініціювала процедуру арбітражу, аби отримати власну винагороду за угодою. Компанія Jugoinport відмовилась виплачувати будь-яку винагороду, аргументуючи це тим, що дана угода передбачала підкуп чиновників Кувейту. Арбітраж визначив себе уповноваженим на розгляд даного спору, разом з цим, визначив що факт підкупу не є доведеним.

Високий Суд Англії та Уельсу у резолютивній частині вказав: при вирішенні даного спору необхідно враховувати два фактори:

А) дотримання міжнародної політики щодо боротьби з корупцією;

Б) дотримання міжнародних зобов'язань щодо виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів.

Суд прийшов до висновку, що виконання договору, який передбачав підкуп урядових осіб, порушує публічний порядок [7].

Даним кейсом Високий Суд Англії та Уельсу в черговий раз підтвердив тезу про те, що корупція є неприйнятним явищем в сучасному світі і порушує внутрішній публічний порядок Великобританії. Цікаво, що факт підкупу не був достовірно доведеним, але навіть за цих умов було задекларовано про порушення публічного порядку.

5. В 2007 році компанія Siemens AG, відомий німецький виробник електроніки, виграла безпрецедентний арбітражний спір проти держави Аргентини [8]. Міжнародний центр по вирішенню інвестиційних спорів (ICSID) присудив компанії компенсацію у 200 млн. доларів США, яку повинна була сплатити Аргентина за незаконну експропріацію інвестиції компанії у дизайн та розробку інформаційних технологій (ІТ) систем на замовлення уряду. Аргентина за короткий проміжок часу програла кілька гучних арбітражних процесів у справах, що розглядалися ICSID. Загальна сума виплат – більше, аніж пів мільярда доларів США.

Проте Антикорупційні агентства США та Німеччини надали докази того, що представники компанії Siemens AG вибудували внутрішню корпоративну культуру, яка підтримувала процеси дачі хабарів посадовим особам різних урядів у грандіозних масштабах. Згодом проти компанії Siemens AG було розпочато ряд досудових розслідувань, пов'язаних із підкупам вищого керівництва у США та Німеччині. Так, за інформацією, поданою прокуратурою департаменту юстиції США в грудні 2008 р., компанія Siemens AG витратила біля 1 млрд. доларів США на підкупи посадовців [9]. Також стало відомо, що компанія Siemens AG витратила біля 30 млн. доларів США на підкуп аргентинських чиновників для отримання контракту на розробку ІТ-технологій. Зіткнувшись з великою кількістю фактів порушення антикорупційного законодавства з боку США та

Німеччини, компанія Siemens AG прийняла рішення добровільно сплатити штраф у розмірі 1,3 млрд. доларів США [10, с. 9].

Добровільна згода компанії Siemens AG відшкодувати державам США та Німеччини 1,3 млрд. доларів США надала змогу Аргентині розпочати нове провадження щодо відшкодування коштів, які були експропрійовані. Таким чином, у липні 2008 року Аргентина подала формальний запит до ICSID щодо можливості перегляду арбітражного рішення на підставі ст. 51 Вашингтонської Конвенції, відповідно до якої рішення може бути переглянуте на підставі виявлення фактів, природа яких могла відіграти визначальне значення на винесене рішення і дані факти були невідомі та не досліджені не в силу небалотності сторони, що заявляє про перегляд рішення [11].

Аргентина заявила, що оскільки встановлено факт здійснення інвестиції компанією Siemens AG обманним шляхом із елементами дачі хабарів, то арбітраж не може розглядати договір про здійснення інвестицій дійсним, оскільки даний договір порушує міжнародний публічний порядок (international public policy), а тому інвестиції, здійснені компанією Siemens AG, не підпадають під регулювання двостороннього міжнародного договору про взаємний захист інвестицій, укладений між Аргентиною та Німеччиною.

Приблизно через один рік після того, як компанія Siemens AG виплатила штраф державам США та Німеччині, Аргентина та компанія Siemens AG здійснили спільну заяву про те, що вони припиняють усі спори у ICSID на умовах, що компанія Siemens AG відмовилася від стягнення 218 млн. доларів США з держави Аргентини, що раніше їй було присуджено [12].

Ситуація, описана вище, наглядно демонструє, що інститут публічного порядку є далеко не аморфною теоретичною конструкцією в системі конфліктного права, а ефективним засобом захисту не тільки інтересів окремої держави, а і загальних засад функціонування міжнародної економіки в цілому.

Висновки. Якщо зводити різного роду теоретичні визначення публічного порядку до єдиного знаменника, то його можна визначити, як систему фундаментальних правових начал, які мають вищий ступінь імперативності, універсальності, особливої суспільної і публічної значимості, складають ядро побудови економічної, політичної, правової системи держави, її конституційного ладу.

Разом з цим, на основі виключно доктринальних підходів конфліктного права досить важко зрозуміти, які конкретні діяння та конструкції в міжнародних приватних відносинах призводять до порушення публічного порядку.

Аналіз вищенаведених кейсів дає змогу зробити ствердний висновок, що корупція у будь-яких її проявах (дача/отримання хабара) є порушенням публічного порядку. Більше того, корупційна складова у комерційних відносинах повинна розглядатися як порушення міжнародного публічного порядку, а не регіонального чи національного.

Друга теза є тією, що спори, в яких йдеться про завдання шкоди здоров'ю (яка виникла з цивільних правовідносин), не є арбітрабельними, а арбітражні застереження у такого роду договорах порушують публічний порядок.

Вважаємо за необхідне звернути увагу на ту обставину, що механізм застереження про публічний порядок в міжнародній практиці застосовується не тільки суддями державних судових інстанцій, а й арбітрами міжнародних комерційних арбітражів теж.

Важливо чітко розуміти, що про факт порушення публічного порядку може заявити як одна із сторін процесу, так і суддя/арбітр з власної ініціативи.

На наш погляд, варто пам'ятати, що публічний порядок – це як бронепоезд на запасному шляху, який треба запускати тільки

при виняткових явних і грубих порушеннях цього принципу. З іншого боку, механізм застереження про публічний порядок не є аморфним явищем і повинен знаходити своє місце для застосування не тільки у іноземних судових та арбітражних рішеннях, а і у вітчизняних.

Література:

1. Богатина Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретическая проблема и современная практика. Статус 2010 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lawmix.ru/commlaw/125>.
2. Lewi W. The international order public // *Revue de Droit international prive*. – 1994. – № 1. – P. 58.
3. Schmitthoff C. M. (1981) *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, 2nd ed. – P. 20.
4. Schmitthoff C. M. *Select essays on international trade law* edited by C. Cheng. 1998 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://books.google.com.ua/books?id=ieD5nT0ndHcC&printsec=frontcover&hl=uk&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true.
5. IN THE SUPREME COURT OF APPEALS OF WEST VIRGINIA – January 2012 Term. – № 35494 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.courts.wv.gov/supreme-court/docs/spring2012/35494-35546-35635.pdf>.
6. Wetter J. *Issues of Corruption Before international Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergen's 1963 Award in ICC Case No. 1110 // Arbitration International*. – 1994. – Vol. 10. – № 3. – P. 294. Це ж рішення див.: Jarvin S., Derains. J. *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*. Paris; New-York, 1989. – P. 49; Lew J. *Op cit*. – P. 555.
7. Andrew de Mc Dougall. *International arbitration and money laundering*. // *American University International Law Review*. Volume 20, Issue 5, Article 5. – P. 1042 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=auilr>.
8. Siemens A. G. v. Argentina Republic, ICSID Case № ARB/02/08, Award (Feb. 6, 2007).
9. *Information, United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, No 1:08-CR-367 (D.D.C. Dec. 12, 2008). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://tinyurl.com/7lxr49o>.
10. Jack Ewing, *Siemens Settlement: Relief, But is it Over?*, BUS. WK., Dec. 15, 2008, available at [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://tinyurl.com/cboqh95>.
11. *International Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other States*, art. 51, Mar. 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159.
12. *International Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other States*, art. 51, Mar. 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159.

Горда Ю. И. Толкование общественного порядка в свете судебной и арбитражной практики

Аннотация. В статье исследуются и анализируются вопросы применения публичного порядка через призму конкретных судебных и арбитражных решений в системе международного частного права.

Ключевые слова: публичный порядок, судебные решения, арбитражные оговорки, конфликтное право.

Gorda Y. Interpretation of public order in the light of court and arbitration practice

Summary. The main point of this article is to explore and analyze how judges of state courts and international commercial arbitrations identify and interpret public order in the system of international private law. The author tries to discover not only theoretical background but practical component of applying public order. The explorer underlines on the exceptional importance of arbitration and court practice in the process of forming of modern understanding and interpretation of public order.

Key words: public order, court resolutions, arbitration resolutions, international private law.