Введение

В практике международного коммерческого арбитража есть немало вопросов, которые, несмотря на свою кажущуюся простоту и однозначность, порождают множество проблем при их практическом разрешении. При этом становится абсолютно понятным, что простота была действительно кажущейся и в природе вопроса заложены серьезные научно-правовые проблемы.

К числу таких вопросов, по моему мнению, можно отнести и определение арбитрами применимого права, в том случае если его выбор изначально не был осуществлен сторонами или же по определенным причинам выбор сторон не может быть принят арбитрами. В целях настоящей статьи исследуется вопрос об определении применимого права только к договорным правоотношениям сторон. Вопросы соотношения выбора применимого права к существу спора и права, применимого к арбитражной оговорке как таковой, не являются предметом данной публикации.

Применимое право

Особенность правового регулирования договоров международной купли-продажи товаров проявляется в том, что стороны договора должны определить законодательство стороны, применимое к данному договору. Применимое право (applicable law) – система правовых норм определенного государства, которые применяются для регулирования отношений между участниками договора с иностранным элементом. Выбор законодательства определенной страны партнеры осуществляют по соглашению. Если в договоре такое соглашение отсутствует, то в случае возникновения спора суд, арбитражный суд применяет соответствующие коллизионные нормы национального законодательства.

Коллизионная норма – это норма, определяющая право государства, которое должно быть применено к соответствующему отношению с иностранным элементом. Основным коллизионным принципом международного частного права применительно к договору международной купли-продажи товаров является принцип автономии воли. Согласно этому принципу стороны сами вправе определять законодательство, которое будет регулировать их отношения, возникающие из договора международной купли-продажи товаров. В то же время пределы реализации автономии воли должны соотноситься с границами, установленными законодательством для осуществления субъективных гражданских прав. Иностранное законодательство, избранное сторонами договора, не может быть применено к отношениям сторон, если это противоречит публичному порядку.

"Коллизия" от лат. – столкновение. Этот термин носит условный характер. Образно говорят о коллизии законов и необходимости выбора между ними для объяснения хода рассуждений суда или иного лица, которые должны решить вопрос о применении права к правоотношению с иностранным элементом. Коллизия может быть устранена путем использования коллизионных норм, указывающих, какой закон подлежит применению в том или ином случае.

Следует иметь в виду, что коллизионная норма имеет отсылочный характер. Ею можно руководствоваться только вместе с определенной материально-правовой нормой, к которой отсылает коллизионная норма, она выражает определенное правило поведения для участников гражданского оборота, в нашем случае – продавца и покупателя по договору международной купли-продажи товаров.

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (1961 г.) в ст. VII установила, что арбитры будут использовать закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в конкретном споре применимой. Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам (1980 г.) закрепила принцип единообразного коллизионного регулирования для участвующих в ней стран.

Выбор сторонами применимого права

Так, в статье 166 Основ гражданского законодательства являющейся коллизионной нормой, применяемой к обязательствам по внешнеэкономическим сделкам, установлено, что права и обязанности сторон по таким сделкам определяются по праву страны, избранному сторонами при совершении сделки, или в силу последующего соглашения.

Однако на практике при решении вопроса о выборе применимого права нередко возникают трудности, так как каждая из сторон стремится предусмотреть применение к сделке права своей страны и отрицательно относится к "чужому" праву. Стороны обычно беспокоит не столько содержание самого иностранного права, сколько иные вопросы чисто психологического характера: неизвестность, регулирование и применение на иностранном языке и т.п.

Что происходит в таких случаях? Стороны или вообще опускают вопрос о применимом праве в сделке или предусматривают применение права третьей страны, "нейтральной". Например, в экспортном контракте российская и английская фирма могут предусмотреть применение шведского или германского материального права.

Если же стороны вообще не разрешили вопроса о применимом праве, то суд или арбитраж, рассматривающие спор сторон, будут применять коллизионную норму, которую они сочтут применимой к спору, и такая норма позволит решить вопрос о том, право какой страны будет регулировать отношения сторон по сделке.

Этот принцип применяется в законодательстве и практике иностранных государств и международных договорах, а также в российском гражданском праве.

О международном коммерческом арбитраже говорится, что третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые избрали стороны. Любое указание систему права какого-либо государства должно толковаться как отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам. При отсутствии указания сторон суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Во всех случаях применяются условия договора с учетом торговых обычаев, применимых к сделке.

Что при отсутствии соглашения сторон применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся в договоре купли - продажи продавцом. В ней содержатся и иные коллизионные привязки к другим правоотношениям.

Согласно же пункту 1 статьи 2 "Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников".

В статье 3 в частности, установлено также, что гражданское законодательство состоит из ГК и принятых в соответствии с ним федеральных законов по вопросам гражданского права. Гражданско - правовые отношения могут регулироваться также указами Президента, постановлениями и актами министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, каждым в пределах своей компетенции.

Таким образом, к источникам правового регулирования ВЭД относятся: законодательство Российской Федерации, международные договоры, обычаи и судебная практика.

Аналогично решается вопрос о применимом праве иностранных государств. Так, например, под "материальным правом Франции" понимаются Гражданский кодекс, Торговый кодекс, иные законы и нормативные акты, международные договоры с участием Франции, обычаи, судебная практика. К отношениям сторон по заключенной с французскими фирмами сделке будут применяться судом или арбитражем те конкретные нормы этого "материального права", которые регулируют данные отношения.

Применимое право в международных договорах

Помимо национального законодательства, вопросы "применимого права" во внешнеэкономической сфере регулируются международными договорами.

Конвенция ООН о договорах международной купли - продажи товаров (1980). В самой Конвенции предусмотрена сфера ее применения. Она применяется к коммерческим предприятиям Договаривающихся Государств, а также когда согласно нормам международного частного права применимо право Договаривающегося Государства.

Вопросы, относящиеся к предмету Конвенции, прямо в ней не разрешенные (например, о неустойке, действительности договора и ряд других), подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов - в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права (ст. 7.2). Как видно, здесь не предусматривается коллизионная норма и в этом случае суд или арбитраж, рассматривающий спор сторон, будет применять коллизионную норму, которую он сочтет применимой.

Конвенция о праве, применимом к международной купле - продаже товаров от 15 июня 1955 года (Гаагская Конвенция 1955 г.). Ее участниками являются 9 государств: Бельгия, Дания, Финляндия, Франция, Италия, Норвегия, Швеция, Швейцария и Нигер. Россия в ней не участвует.

В Конвенции, в частности, установлено, что стороны сами могут определить в договоре применимое право. Если они этого не сделали, то применяется обычно "право продавца". Допускается применение и "права покупателя", если заказ получен в этой стране либо продавцом, либо его представителем, агентом или коммивояжером.

Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли - продажи товаров от 22 декабря 1986 года (Гаагская Конвенция 1986 г.). Она предназначается для замены Гаагской конвенции 1955 года. Пока эта Конвенция не вступила в силу.

В Конвенции, в частности, предусмотрено, что договор регулируется правом, выбираемым сторонами. Если стороны не избрали сами применимого права, то применяется обычно "право продавца".

Конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям от 14 марта 1978 года (Гаагская Конвенция 1978 г.). Хотя Россия в ней не участвует, но основные положения международного частного права в агентской сфере в ней заложены, что имеет значение и для России.

Конвенция исходит из принципа, что стороны в агентских соглашениях сами могут определить применимое к их отношениям право, т.е. право принципала или право агента. Если они этого не сделали, то этот вопрос решается в Конвенции с помощью ряда коллизионных привязок. В основном применяется в таких случаях право государства, где агент имеет свое предприятие или постоянное местожительства - "право агента" (во внутренних отношениях сторон). Тот же принцип используется и в регулировании отношений агента с третьими лицами.

Конвенция БЭС о праве, применимом к договорным обязательствам от 19 июня 1980 года (Римская Конвенция 1980 г.). Она регулирует вопрос о применимом праве ко всем договорным обязательствам, в том числе и к агентским. В соответствии с Конвенцией стороны сами могут определить в договоре применимое право к их отношениям. Если они этого не сделали, то подлежит применению право стороны, с которым договор имеет наиболее "тесную связь".

Нужно отметить, что коллизионный принцип "тесной связи" предусмотрен также в Мексиканской Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 года. Этот принцип является основным и в шведском коллизионном праве.

Конвенция о международном финансовом лизинге от 28 мая 1988 года (Оттавская конвенция о лизинге 1988 г.). Поскольку в отношениях по финансовому лизингу участвуют три стороны - изготовитель (поставщик), лизингодатель (собственник) и лизингополучатель (арендатор), то сфера применения конвенции сформулирована в ней следующим образом. Она применяется в случае, когда организации лизингодателя и лизингополучателя находятся в разных странах и при этом:

- эти государства, а также страна, в которой изготовитель (поставщик) имеет свою организацию (предприятие), являются договаривающимися государствами; или

- контракт на поставку и контракт на лизинг регулируются законодательством договаривающегося государства.

Из этого следует, что применение по лизингу права какого-либо "недоговаривающегося государства" вообще исключается.

Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях (Женевская Конвенция 1930 г.). Россия является участницей этой Конвенции, которая целиком касается всего многообразия вопросов, связанных с векселями. Например, способность лица обязываться по векселю определяется его национальным законом; форма векселя определяется законом той страны, на территории которой он подписан; обязательства акцептанта по переводному векселю определяются по закону места платежа; форма и сроки протеста по векселю определяются законами той страны, на территории которой должен быть совершен протест.

Конвенция о разрешении инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 года (Вашингтонская Конвенция 1965 г.). Россия пока не оформила присоединение к этой Конвенции. По вопросам применимого права в Конвенции предусмотрено следующее (ст. 42).

Арбитраж рассматривает спор согласно нормам права в соответствии с соглашением сторон. В случае отсутствия соглашения сторон Арбитраж применяет право Договаривающегося Государства, выступающего в качестве стороны в споре, а также те нормы международного права, которые могут быть применимы. Арбитраж не вправе выносить неопределенные решения (non liquet), ссылаясь на отсутствие или неясность правовых норм. Арбитраж имеет право выносить решение, основываясь на справедливости и доброй совести (ex aequo et bono), если стороны договорятся об этом.

Каучуковые нормы в применимом праве

Наибольшую трудность для судов и арбитража представляет толкование и применение так называемых "каучуковых" норм законодательства. Такие нормы содержатся, в иностранном законодательстве и в международных договорах, например в Конвенции ООН о договорах международной купли - продажи товаров 1980 года. Эти нормы касаются как общего характера применимого гражданского и торгового права, так и конкретных видов договоров, например оснований недействительности договоров купли - продажи, о применении иностранного права, а также вопросов арбитражного процесса (действительности и недействительности решений третейских судов).

Таких "каучуковых" норм довольно много. Среди них в качестве примера можно упомянуть следующие: "добрые нравы", "публичный порядок", "традиции", "добросовестная и честная торговая практика", "коммерческая мораль", "основы правопорядка и нравственности", "общепринятые принципы и нормы международного права", "добросовестность", "разумность", "справедливость", "доктрина".

Понятие соответствующих "каучуковых" норм не дается в нормативных актах и их толкование осуществляется судом и арбитражем по своему усмотрению и с учетом всех юридических и фактических обстоятельств. Если по какому-либо вопросу уже имеется судебный или арбитражный "прецедент", то дело намного упрощается для толкования, если его нет, то усложняется, и стороны, которые ссылаются на соответствующую "каучуковую" норму, вообще не представляют, какое решение может принять соответствующая судебная инстанция. И тем не менее "каучуковые" нормы существуют, и суды и арбитраж их применяют.

Нужно иметь в виду, что для гражданского и торгового права иностранных государств эта проблема не новая и существует большая судебная практика по этому вопросу. В России же такого опыта нет, но ей предстоит наработать подобную практику, как того требует внутренний и международный товарооборот.

Каучуковые нормы в иностранном праве

Их целое множество. Рассмотрим некоторые из них, имеющие непосредственное отношение к коммерческой деятельности.

Понятие "традиции". Используется при разрешении споров судами, и применяется во французской коммерческой и правовой практике, и стоит близко к "обычаям". Суть этого понятия заключается в следующем.

Судебная практика Франции часто выявляет традиции, появившиеся в результате существования обычаев. Традиции, как и обычаи, сами по себе не являются юридическими актами, не формализованы, отличаются от нормативных актов более общим характером, отсутствием выраженного или молчаливого согласия заинтересованных сторон (они не могут применяться против их воли), а также тем, что могут оказаться сильнее существующих законов, даже таких, исполнение которых обязательно.

Например можно считать традицией существование солидарности между коммерсантами, имеющими задолженности по контрактам (в данном примере традиция входит в противоречие со статьей 1202 ГК РФ). Так считают французские юристы Л. Лакур и К. Жамен.

Понятие "разумное лицо" схоже с такими понятиями, как "разумный способ и срок", "разумность" вообще, "добросовестность", "справедливость".

Термин "разумное лицо" берет истоки от римского права. Под влиянием римского права на правовые системы практически всех стран мира он перекочевал в право многих иностранных государств (буржуазное гражданское и торговое право) и теперь - в российское право. В римском праве этим лицом был так называемый "добрый отец семейства" - "Bonus pater - familias". Это собирательный образ, эталон разумности и образцового поведения. В римском праве понятие "семья" означало "лицо и собственность" (земля, дом, деньги, рабы, дети).

В силу этого указанный критерий "добрый отец семейства" перешел из "семьи" в предпринимательскую деятельность (законодательство и практику) почти всех иностранных государств с экономикой свободного рынка. Он стал общепризнанным стандартом в поведении участников коммерции, сочетая в себе добросовестность, честность, порядочность, разумность и все иные подобные атрибуты, присущие "разумному лицу".

Понятие "добросовестность и/или честная деловая практика" в международной торговле дана, например, в "Принципах".

В комментарии к статье 1.7 предусмотрено, в частности, что стандарты делового оборота могут значительно отличаться в различных секторах предпринимательской деятельности, и даже внутри какого-то конкретного сектора они могут быть более или менее строгими в зависимости от социально - экономических условий, в которых действует предприятие, его размеров, технического оснащения и т.п.

Пример.

"По договору на продажу оборудования высокой технологии покупатель утрачивал право ссылаться на любой недостаток товара, если он не уведомит продавца, указав при этом характер недостатка, без неоправданной задержки после того, как он обнаружил или должен был обнаружить недостаток. Покупатель А., действующий в стране, где такое оборудование обычно используется, обнаружил недостаток в оборудовании после пуска его в эксплуатацию, но в своем уведомлении, направленном В., продавцу оборудования, А. дал неправильные данные в отношении характера недостатков. А. утрачивает право основывать свое требование на недостатке, поскольку более тщательное исследование недостатка позволило бы ему сообщить В. необходимые данные". Как видно, покупатель А. действовал недобросовестно.

Термин "добрая совесть и несправедливость" договоров. В ряде случаев сам законодатель, а не суд, дает пояснения указанным терминам. Это предусмотрено, например, в § 10 Закона ФРГ об общих договорных условиях.

В Финляндии закон запрещает продавцу включать в договор условия, которые неправомерны "с точки зрения потребителя" (Закон о защите потребителя, 1978 г.). В Англии применяется Закон о справедливой торговле 1973 года и Закон о несправедливых договорных условиях 1977 года.

Законодательство и судебная практика западных стран признают обычно недействительными положения договоров, которые освобождают продавца от ответственности перед покупателем или уменьшают размер такой ответственности или дают продавцу право на одностороннее изменение или прекращение договора в случаях, не предусмотренных законом.

Право ФРГ (138 ГТУ и судебная практика) признает сделку недействительной, наносящей ущерб "добрым нравам", если она заключена с использованием монопольного положения или могущества одной из сторон. Сходной политики придерживаются и суды Греции. "Убыточность" сделки для одной из сторон также может служить основанием для признания ее недействительной. Несоответствующими морали и нравственности в законодательстве иностранных государств являются договоры, в которых предусматривается, например, поставка порнопродукции, наркотиков и иных подобных объектов бизнеса. Как видим, разброс практики и критериев очень велик, поэтому все подобные вопросы решаются судом, который, в свою очередь, руководствуется принципами собственного государства, положением сторон в стране, особенностями регионов и конкретными условиями сделок и их характером и спецификой. Таким образом, какого-либо единого для всех стран критерия или эталона оценки соответствующей "каучуковой" нормы просто не существует, да и не может существовать.

Коммерческая мораль. Под ней понимается, в частности, запрет вести коммерцию, которая унижает чувства верующих граждан.

Пример.

В Каире были арестованы девять хозяев обувных магазинов, торговавших туфлями и тапочками. Изъяты из продажи и конфискованы 400 пар "недостойной" обуви. На башмаках, кроме фирменной марки "Филла", ничего не было обозначено. Однако дизайнеры придумали для латинских букв, образующих это слово, такой причудливый узор, что мусульманам оно показалось начертанием арабской вязи слова "Аллах". Конечно, правоверные сочли это оскорбительным.

Египетские законы вообще запрещают продажу любых товаров, унижающих религиозные чувства верующих. Религиозные символы на обуви, которая исламистами считается "грязной", вообще недопустимы. Если арестованные хозяева обувных магазинов будут признаны судом виновными, то им придется провести целый год в тюрьме

Доктрина. Под ней понимается преобладающее мнение высококвалифицированных специалистов, ученых и практиков в данной области коммерции и права, которое используется судом или арбитражем при вынесении решения. Доктрина выражается обычно в научных публикациях, а также в комментариях к законам и учебных пособиях.

Следует иметь в виду при этом, что зачастую квалифицированные мнения по какому-либо вопросу настолько разнятся, что говорить о доктрине не приходится. Такие мнения оцениваются субъективно и могут служить лишь ориентиром или точкой зрения какого-либо автора по какому-либо вопросу.

Доктрина приобретает больший вес, если она излагается в комментариях к какому-либо закону или международному договору, а также в учебных пособиях, одобренных соответствующими учебными заведениями, коллективом квалифицированных авторов.

В России доктринальные позиции существуют по ряду вопросов, которые не урегулированы законом, обычаем или иной нормой права. В качестве примера назовем вопрос о "понятии внешнеэкономической сделки". Общеизвестно, что гражданское право, а теперь и гражданское право России, не содержало ранее и не содержит теперь определения такого, в общем-то, простого понятия, как "внешнеторговая", а теперь "внешнеэкономическая сделка", оформление которой в надлежащем виде Закон Российской Федерации связывает серьезные правовые последствия, т.е. быть ей действительной или ничтожной, если не соблюдены требования Гражданского кодекса о простой письменной форме.

По этому вопросу существует огромное количество мнений высококвалифицированных специалистов, которые во многом не сходятся, но все же общие подходы можно считать были выработаны. Именно доктриной было выработано понятие "внешнеэкономическая (внешнеторговая) сделка".

Является ли доктрина источником права? На этот вопрос существуют различные точки зрения. Чтобы найти ответ на него, обратимся к использованию доктрины в международном праве и праве отдельных государств.

Так, например, согласно "Статуту международного суда", учрежденного Уставом ООН, только государства могут быть сторонами по делам, разбираемым судом (ст. 34). В статье 38 Статута установлено, что суд, который решает споры сторон на основе международного права, применяет: международные конвенции, международный обычай, общие принципы права, судебные решения, а также "доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм".

Таким образом, доктрина, о которой говорится в весьма авторитетном международном документе, - это важный источник регулирования отношений сторон, хотя и используется она в качестве "вспомогательного средства" для определения правовых норм. Во всяком случае, доктрина используется судом для принятия им своих решений.

Доктрина широко используется, например, в коллизионном праве Швеции. Вот что говорится о шведской "доктрине" по вопросу о "тесной связи" контракта с соответствующим правом <\*>.

"В соответствии с доктриной о наиболее тесной связи различные элементы каждого контракта должны быть изучены с целью установления его центра тяжести, или, пользуясь формулировкой шведского Верховного суда (по делу Скандия), к какой правовой системе преимущественно принадлежит соглашение... Из текста контрактов не явствует, в каком месте они были подписаны, однако арбитраж считает это обстоятельство несущественным. Упомянутые выше основные особенности контракта таковы, что их наиболее тесная связь является связью с территорией страны покупателя.

Арбитраж "ex aequo et bono" ("по справедливости") и "дружеские посредники". В международной коммерческой практике иногда стороны оговаривают применение к их контракту не какого-либо материального права, а уполномочивают арбитраж разрешать их споры "по справедливости" ("ex aequo et bono") или в качестве "дружеских посредников" ("amiable compositeurs"). Как указывает К. Шмиттгофф, такие оговорки не означают, что арбитраж может вообще игнорировать право, при рассмотрении спора он будет выступать с позиции здравого смысла и не будет связан юридическими тонкостями материального и процессуального права. Речь идет о более свободном толковании правовых норм.

Указанные оговорки, связанные с применимым им правом, допускаются также в ряде международных арбитражных регламентах. Так, например, в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ предусмотрено, что "Арбитражный суд выносит решение в качестве "дружеских посредников" или "ex aequo et bono" лишь в том случае, если стороны прямо уполномочили суд на это и если закон, регулирующий арбитражный процесс, допускает такое арбитражное разбирательство" (ст. 33).

Действие арбитров в качестве "дружеских посредников" допускается и Арбитражным регламентом Европейской экономической комиссии ООН 1966 года. В статье 39 Регламента предусмотрено, что "Арбитры будут действовать в качестве "дружеских посредников", если между сторонами на этот счет имеется договоренность и если применимый закон это разрешает".

Закон Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" устанавливает разрешение споров арбитражем только в соответствии с нормами применимого права, условиями договора и торговыми обычаями (ст. 28).

В связи с изложенным российские участники внешнеэкономических сделок не должны предусматривать в контрактах рассмотрение споров со своим контрагентом арбитражем в качестве "дружеских посредников" или "по справедливости", поскольку такие оговорки будут признаны арбитражем недействительными по указанной выше причине и он будет применять к сделке соответствующее материальное право, которое он сочтет применимым.

Заключение

Существуют две основные причины, обусловливающие необходимость выбора применимого права арбитрами. Это либо изначальное отсутствие выбранного сторонами применимого права, либо осуществление выбора, который полностью или частично не может быть принят арбитрами. Если отсутствие первого достаточно однозначно, то во втором случае ситуации могут быть более чем непростыми. Одно дело, если стороны неадекватно сформулировали текст положения о выборе применимого права, что не позволяет судить о том, сделан выбор национального применимого права или нет. По-другому выглядит ситуация, когда стороны выбрали право четко и однозначно, но его применение будет являться основанием для отмены решения или последующего отказа в его признании и исполнении. Например, выбор сторонами применимого права может привести к нарушению антиконкурентного права, которое в странах Европейского Союза является частью публичного порядка, или же касается неарбитрабельных споров (трудовые отношения, банкротство и др.).