

M.A. Karpishev

APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL ARBITRATION OF RUSSIA AND JAPAN

Maxim Karpishev – a PhD student at the Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University, Moscow; **e-mail: 601482@mail.ru.**

The author studies applicable law in the context of trials in international commercial arbitration and provides analysis of the relevant legislation. The paper gives successive description of procedures being applied in international commercial arbitration in Russia and in Japan.

Keywords: international commercial arbitration; applicable law; Civil Code of the Russian Federation; Civil Code of Japan; Laws of Japan - ARBITRATION LAW (Law No.138 of 2003) ICAC; JCAA; Vienna Convention.

М.А. Карпышев

ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО В ПРАКТИКЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ АРБИТРАЖЕЙ РОССИИ И ЯПОНИИ

Максим Андреевич Карпышев – аспирант кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва; **e-mail: 601482@mail.ru.**

Автором статьи рассматривается применимое при разбирательстве в международном коммерческом арбитраже право, проводится анализ соответствующего законодательства. Дается последовательное описание используемых процедур в международном коммерческом арбитраже в Российской Федерации и Японии.

Ключевые слова: Международный коммерческий арбитраж; применимое право; Гражданский кодекс РФ; Гражданский кодекс Японии; ФЗ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 года (Закон о МКА); Японский Закон об Арбитраже 2003 года № 138; Венская конвенция 1980 года; МКАС; Японская коммерческая арбитражная ассоциация (ЯКАА).

При заключении участниками международного делового оборота договора купли-продажи одним из наиболее важных вопросов, который стороны должны согласовать, является вопрос о применимом праве. В большинстве случаев стороны желают заранее знать, какие нормы права будут применяться в ходе исполнения контракта и такое желание встает особенно остро в тех случаях, когда возникает спор. К. Шмиттгофф считал, что применимое право – это «центральная проблема внешнеэкономического договора с правовой точки зрения» [6].

Установление применимого права на

начальной стадии формирования условий договора позволяет соблюсти требования императивных норм права, сформулировать существенные договорные условия, отличающиеся от диспозитивных норм применимого права. Вот почему принцип автономии воли сторон является общепризнанным: он даёт участникам международного оборота возможность самостоятельно решить проблему в соответствии со своими интересами. И только если в тексте договора или в последующем стороны не определили применимое к своим договорным обязательствам право, применимое право будет устанавливаться со-

ответствующими коллизионными нормами.

В Российской Федерации принцип автономии воли сторон зафиксирован в части 3 ГК РФ. В пункте 1 статьи 1210 ГК: «Стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору». В японском законодательстве присутствует аналогичная норма, которая была закреплена ещё в конце XIX века и в последующие годы: в пункте 1 статьи 5 Закона 1890 года (Закон об общих правилах применимого права – яп. *法の適用に関する通則法*)¹, в пункте 1 статьи 7 Закона 1896 года (Гражданский кодекс Японии) и в последней редакции данного Закона 2006 года в статье 7 [8].

Автономия воли сторон как правовой институт представляет собой систему взаимосвязанных правовых норм, регулирующих отношения сторон договорного обязательства, связанных с выбором физическими и юридическими лицами права, подлежащего применению к отношениям с участием этих лиц. Нельзя не согласиться с позицией Л.А. Лунца, который полагал, что: «Принцип автономии воли сторон надо рассматривать как одно из коллизионных начал национального права» [1]. По своей сути автономия воли сторон – это своего рода привязка, но такая привязка не указывает на правовую систему, которую стоит применять. Она устанавливает принцип, согласно которому для определения применимого права необходимо соглашение сторон договора. Автономия воли сторон является основополагающим принципом МЧП.

Под применимым правом понимаются нормативные акты, которые регулируют отношения сторон по заключенной сделке, например, права и обязанности продавца и покупателя по договору международной купли-продажи товаров [2]. Если коммерческие отношения сторон регулируются определенным международным

договором, то в этом случае такой договор будет применимым правом. Например, отношения японского экспортера и российского импортера будут регулироваться Венской Конвенцией о договорах международной купли-продажи 1980 года, участниками которой являются как Япония, так и Российская Федерация (на момент написания статьи – январь 2017 г. – количество участников составляло 85) [5]. Если соответствующим международным договором ряд определённых отношений между сторонами регулируется не полностью, то к таким отношениям судсидиарно применяются национальные правовые нормы сторон или даже иное право (право третьей стороны). В случае, если отношения договаривающихся сторон вообще не урегулированы каким-либо международным договором, стороны могут сами избрать право, применимое к их отношениям [3].

Немаловажным фактором при выборе применимого права, которым часто руководствуются стороны, является предпочтение той или иной правовой системы, которые, как известно, в мировом пространстве представлены следующими: романо-германской правовой системой, системой общего права, а также рядом религиозных правовых семей. Для романо-германской правовой системы, представительницами которой являются оба рассматриваемых государства, характерны кодификация права, обычаи и правовая доктрина. Данная правовая система имеет долгую историю, начинающуюся еще со времён Древнего Рима. Эта система является наиболее популярной, она распространилась по всему миру благодаря таким факторам, как рецепция и обширная колонизация со стороны метрополий именно с такой правовой системой.

В России согласно пункту 2 статьи 38 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» при отсутствии соглашения сторон о нормах права, используемых по существу спора, МКАС их определяет в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Определенная законом свобода выбора арбитрами применимых коллизион-

¹ Транскрипция: Hōnotekiyōnikansurutsūsokuhō.

ных норм является одной из отличительных черт международного коммерческого арбитража по сравнению с государственными судами. В пункте 1 статьи 1211 ГК РФ установлено, что «при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве, к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора». В пункте 2 статьи 1211 ГК приводятся коллизионные нормы, которыми суд вправе воспользоваться в отношении к отдельным видам договора. Таким образом, на наш взгляд, существенно расширяется возможность для судейского усмотрения.

В Японии в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Закона об Арбитраже 2003 года в случае, если стороны не определились с выбором права в договоре, арбитр должен применить материальное право государства, с которым спор наиболее тесно связан. Как пишет профессор Университета Кобе Шуничиро Накато: «Хотя значение термина "наиболее тесная связь" ещё предстоит уточнить, определение будет гармонизировать с пунктом 1 статьи 8 закона "Об общих правилах применимого права", то есть применяется право той стороны, которая осуществляет характерное исполнение по договору» [9]. В пункте 3 той же статьи говорится, что арбитраж, если это указано сторонами в соглашении, решает спор по праву справедливости (*ex aequo et bono*). Из этого следует вывод, что система отсылок, предусмотренная ГК РФ, более продуманна, нежели аналогичная, предусмотренная в праве Японии. Хотя вторая, имея такой недостаток, с одной стороны, обладает преимуществом, с другой, – ввиду меньшей регламентированности является не такой строгой к применению, поэтому ее можно считать более «манёвренной».

Из вышесказанного можно вывести, что коллизионные привязки могут отличаться, в то время как принцип, согласно которому стороны свободны в выборе применимого права при заключении меж-

дународного договора, является общепризнанным. В соответствии со сложившейся практикой и в силу ФЗ РФ о МКА 1993 г. (в последней редакции) и Закона об Арбитраже 2003 г. Японии, Международный коммерческий арбитражный суд и Японская коммерческая арбитражная ассоциация при выборе коллизионной нормы обычно исходят из принципа *lex fori* и применяют коллизионные нормы своего государства, опираясь при этом на доктрину и многолетнюю практику арбитражного суда. Случается, что при решении вопроса о выборе применимого права на практике часто возникают трудности, так как каждая из сторон стремится предусмотреть применение к сделке права своей страны и отрицательно относится к «чужому» праву. Оказавшись в такой ситуации, стороны или вообще опускают вопрос о применимом праве к сделке, или предусматривают применение права третьей, «нейтральной» страны [2]. К примеру, к договору купли-продажи российская и японская компании могут предусмотреть применение шведского материального права. Как в Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже», так и в японском «Законое об Арбитраже» говорится, что любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам. При отсутствии указания сторон международный коммерческий арбитражный 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.

Стоит также вспомнить, что материальное право в Гражданском законодательстве России определяется как правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности); оно регулирует договорные и иные обязательства, а также другие иму-

ществленные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. В Гражданском кодексе Японии [7] мы не можем наблюдать столь стройного определения, хотя большая часть его составных элементов присутствует в дальнейших положениях текста документа. Вместо этого мы можем увидеть совокупность базовых конституционных и гражданских принципов, таких, как положения о равных правах обоих полов, добросовестности, общественном благосостоянии и так далее. Такая манера – «заходить издалека» – свойственна японскому менталитету, и поэтому она имеет своё выражение в основополагающем документе о гражданских правах.

Важной особенностью международного коммерческого арбитража является применение арбитрами иностранного права, в таких случаях возникает вопрос о порядке установления его содержания и о его толковании. В международной практике используются два подхода к установлению содержания иностранного материального права. Они основаны на различии двух принципов: принципа «право» (*law*) и принципа «факт» (*fact*). Если право государства относится к определению содержания иностранного права как к «вопросу права», то в этом случае арбитраж как России, так и Японии устанавливает содержание иностранного права, руководствуясь процессуальными правилами своей страны, то есть арбитры должны знать нормы применяемого ими иностранного закона путем проведения его исследования или путем использования документа, представляемого суду юристом. В таком случае нормы иностранного права применяются судом «*ex officio*» так, как они применяются в соответствующем иностранном государстве (законы, судебная практика, обычаи, правила). Общим правилом для них служит следующее:

1. Иностранное право – это право.
2. Установление содержания иностранного права – это задача суда.
3. Суд по своему усмотрению определяет способы установления содержания

иностранного права.

4. Суд может запросить стороны о содействии в определении содержания иностранного права.

При разрешении споров о применимом праве часто используются положения международных договоров. В российском праве, в частности, в пункте 11 статьи 1211 ГК, указано: «Если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев, обозначаемых соответствующими торговыми терминами». В пункте 4 статьи 36 Японского Арбитражного Закона говорится: «Если стороны указали в качестве применимых обычаи торгового оборота, то арбитражный орган должен разрешать дело в соответствии с этими обычаями». Тем самым положения, наличествующие в нашем законодательстве, свидетельствуют о применении международных договоров и обычаев, вытекающих из них, в более широком спектре случаев, нежели в японском. Причем, чаще всего речь идет о применении Венской Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года. При этом, ознакомившись с данным документом, возникает два вопроса:

1. На каких основаниях возможно применение Конвенции?

2. Каково ее соотношение с национальным правом, применение которого предусмотрено соглашением сторон или соответствующей коллизионной нормой?

Согласно пункту 1«а» статьи 1 Конвенции, она применяется к договору купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах-участниках Конвенции. МКАС и JCAA по своей инициативе могут использовать ее положения и в том случае, если стороны не будут на них ссылаться. Вместе с тем нужно иметь в виду, что в силу статьи 6 Конвенции стороны своим соглашением могут исключить ее применение либо, при соблюдении определенных условий (статья 12), отступить от любого из ее положений или

изменить его действие. Также Венская Конвенция применима и в случаях использования права Договаривающегося государства (пункт 1«б» статьи 1 Конвенции). Данное положение используется тогда, когда лишь одно государство одной из сторон договора является участником Конвенции. Оно основывается на признании того, что положения международных договоров служат составной частью правовых систем государств-участников этих международных договоров.

Вопрос о соотношении Венской Конвенции и применимого национального права решен в самой Конвенции: «Вопросы, которые прямо в ней не разрешены, 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» (пункт 2 статьи 7). Таким образом, национальное право может применяться субсидиарно не только при отсутствии в Конвенции прямого разрешения того или иного вопроса, но одновременно и при отсутствии возможности применить общие принципы, на которых она основана. В юридической литературе [4] к таким принципам относят добросовестность, автономию воли сторон, разумность при оценке поведения сторон. В этом случае представляется логичным, что вопрос о выборе применимого права решается в соответствии с выбором применимого права самими сторонами либо арбитрами на основе коллизионных норм.

В заключение следует сказать, что при определении применимого права стороны зачастую соглашаются применить к договору иностранное право какого-либо третьего государства. В этом случае желательно стремиться избрать такое право, которое было бы наиболее хорошо известно сторонам, и нормы которого соответствовали бы признанным нормам международного торгового права. При выборе

применимого права сторонам необходимо учитывать и отдавать предпочтение иностранному праву страны, являющейся участницей Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, так как по данному вопросу наработана обширная арбитражная практика, с которой, при желании, могут ознакомиться стороны контракта и спрогнозировать возможное решение суда. В свою очередь, для арбитров применение положений Конвенции не вызовет дополнительных сложностей, что могло бы произойти в случае применения незнакомого права.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Луц Л.А.* Внешнеторговая купля-продажа. Коллизионные вопросы. М.: Юрид. Лит., 1972. С. 70.
2. Международное частное право. Краткий курс / под ред. Н.И. Марышевой, М.: КОНТРАКТ: ИНФРА-М, 2001. С. 74.
3. *Мосс Д.К.* Автономия воли сторон в практике международного коммерческого арбитража. М.: Изд-во ИГиПРАН, 1996. С. 78.
4. *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров. Комментарий к законодательству и практика разрешения споров. М.: КОНТРАКТ: ИНФРА-М, 2001. С. 94.
5. ЮНСИТРАЛ: [сайт]. URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/index.html> (дата обращения: 03.03.2017).
6. *Шмунтгофф К.М.* Экспорт: право и практика международной торговли / пер. с англ. М.: Юридическая литература, 1993. С. 109.
7. Act № 89 of April 27, 1896.
8. *Masato Dogauchi.* Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective. Tokyo, 2005. P. 53.
9. *Shunichiro Nakato.* The Modernization of Japan's International Arbitration Infrastructure // International Arbitration Report. 2010. № 12. P. 31.