

8. ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО

8.1. Право, применимое к арбитражному соглашению

Выше отмечалось, что шведский Закон «Об арбитраже» рассматривает арбитражную оговорку (соглашение) в качестве самостоятельного договора, действительность которого не зависит от основного договора¹. В правовой доктрине данная концепция получила название «автономность арбитражного соглашения» (*separability of arbitration agreement*):

«Если при разрешении вопроса о действительности арбитражного соглашения, входящего в состав другого соглашения, также разрешается вопрос о компетенции состава арбитража, арбитражное соглашение следует рассматривать как самостоятельное соглашение»².

Принимая во внимание самостоятельность арбитражной оговорки, выбор сторонами материального права, применимого к положениям основного договора, не влечет автоматического применения того же права и к арбитражной оговорке³. Это обстоятельство необходимо учитывать особенно потому, что в подавляющем большинстве коммерческих договоров стороны упускают этот вопрос из виду, ограничиваясь лишь указанием права, применимого к существу спора. Между тем выбор права, применимого непосредственно к арбитражной оговорке, вне всяких сомнений, является важным, поскольку определяет условия действительности и заключенности арбитражной оговорки.

В силу принципа автономии воли стороны могут договориться в том числе и о праве, применимом к арбитражной оговорке. В отсутствие договоренности сторон вопрос о таком праве будет разрешен составом арбитража либо по ходатайству стороны компетентным государственным судом в рамках разрешения вопроса о действительности арбитражной оговорки. Зачастую результат может отличаться в зависимости от того, в какой юрисдикции находится арбитраж.

В международной практике рассматривается несколько методов определения права, применимого к арбитражной оговорке, среди которых наибольшее распространение получило право, определяемое «по наиболее тесной связи», или право «по месту арбитража». В Законе Швеции 1999 г. существует отдельная статья, устанавливающая, что по умолчанию таким правом является право места арбитража (*lex arbitri*):

«К арбитражному соглашению, охватывающему правоотношение с иностранным элементом, применяется установленное соглашением сторон право. В отсутствие

¹ Gary Born. International commercial arbitration. Kluwer Law International, 2009. P. 389.

² Статья 3 Закона «Об арбитраже».

³ Holmbäck Ulf, Wetter J. Gillis. Arbitration in Sweden. Stockholm Chamber of Commerce. Stockholm, 1977. P. 45.

договора сторон о праве, применимом к арбитражному соглашению, применяется право страны, где в силу арбитражного соглашения должно или будет проходить арбитражное разбирательство»⁴.

Следует отметить, что шведские суды придерживались этой позиции и до того, как обозначенный правовой принцип нашел закрепление в арбитражном законе 1999 г. Так, вопрос применимого к арбитражной оговорке права был предметом исследования Верховного суда Швеции в споре между компаниями *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v AI Trade Finance Inc.*:

Болгарский и австрийский банки заключили кредитное соглашение, договорившись о том, что к договору применяется право Австрии, а споры будут разрешаться по регламенту Европейской экономической комиссии ООН, с местом арбитража в Стокгольме.

Болгарский банк нарушил условия договора, после чего австрийский банк обратился в арбитраж в Стокгольме, который вынес решение, удовлетворив требования австрийского банка. Болгарский банк подал заявление в Апелляционный суд округа Свеа, ходатайствуя об отмене решения арбитража, ссылаясь на недействительность арбитражной оговорки. Дело дошло до Верховного суда, который заключил, что, поскольку стороны не договорились о праве, применимом к арбитражной оговорке, таким правом следует считать право места арбитража, т.е. шведское право. Именно в соответствии с нормами шведского права будет решаться вопрос о действительности арбитражного соглашения. Суд определил, что выбранное материальное право не имеет отношения к арбитражной оговорке, поскольку арбитражная оговорка подлежит самостоятельному правовому регулированию⁵.

В исследуемом решении Верховный суд еще раз подтвердил приверженность принципу автономности арбитражного соглашения, а также указал на соответствующий коллизионный принцип определения права арбитражной оговорки. Резюмируя выводы суда, отметим, что если стороны выбрали местом арбитража Швецию, но не указали права, применимого к арбитражной оговорке, то арбитры и государственные суды Швеции будут по умолчанию исходить из того, что к арбитражной оговорке применяется шведское право.

Возможен и такой вариант, когда стороны подчинили действие арбитражной оговорки иностранному праву, однако условились, что спор подлежит рассмотрению в Швеции. В таком случае есть все основания полагать, что спор будет принят к рассмотрению находящимся в Швеции арбитражным судом, при условии, что: а) соглашение является действительным, не утратило силы и может быть исполнено; и б) по праву Швеции спор является арбитрабельным⁶. В противном случае арбитраж вынесет решение об отсутствии у него компетенции.

⁴ Статья 48 (1) Закона «Об арбитраже».

⁵ Högsta domstolen. *Bulgarian Foreign Trade Bank. Ltd. v. AI Trade Finance Inc.* № Т 1881-99. 27.10.2000.

⁶ Статья 49 (1) Закона «Об арбитраже».

8.2. Право, применимое к полномочиям на заключение арбитражной оговорки

Закон «Об арбитраже» четко разделяет вопросы права, применимого к арбитражному соглашению, и права, применимого к полномочиям стороны на заключение арбитражного соглашения. Как было отмечено выше, в отсутствие договоренности сторон о применимом праве к арбитражному соглашению применяется шведский *lex arbitri*, при условии, что местом арбитража является Швеция. Что касается полномочий сторон на заключение действительного арбитражного соглашения, то здесь, безусловно, применяется личный закон сторон (*lex societatis*), т.е. закон места инкорпорации или нахождения юридического лица, либо закон места жительства физического лица:

«В отсутствие договора сторон о праве, применимом к арбитражному соглашению, применяется право страны, где в силу арбитражного соглашения должно или будет проходить арбитражное разбирательство.

Часть первая настоящей статьи не применяется к вопросу о полномочиях стороны на заключение арбитражного соглашения и полномочиях представителя стороны в арбитражном разбирательстве»⁷.

Иначе говоря, например, если стороной договора является компания из Украины, то к вопросам полномочий директора компании на заключение арбитражной оговорки от имени украинской компании будут применимы нормы гражданского и корпоративного права Украины. Следовательно, для разрешения вопроса о заключенности и действительности арбитражной оговорки арбитраж должен будет исследовать соответствующие нормы украинского права и практику его применения. В главе «Арбитражное соглашение» настоящей монографии подробно описывается решение Апелляционного суда округа Свеа, применившего личный закон Фонда государственного имущества Украины для установления факта того, является ли арбитражное соглашение, подписанное одним из его руководителей без соответствующих полномочий, заключенным и обязывающим для Фонда⁸. В этом решении арбитраж пришел к выводу, что по украинскому законодательству у лица, подписавшего договор, не было соответствующих на то полномочий, следовательно, арбитражное соглашение считается незаключенным. Другим показательным примером считается спор между компаниями *Stena RoRo AB* и *ОАО «Балтийский завод»*, в котором шведский арбитраж постановил, что компанией *Stena RoRo AB* были соблюдены все требования, предъявляемые корпоративным правом Швеции (личный закон компании) к одобрению сделки Советом директоров. Выводы арбитража в

⁷ Статья 48 (2) Закона «Об арбитраже».

⁸ Svea hovrätt. *The State of Ukraine v Norsk Hydro ASA*. № Т 3108-06. 17.12.2007.

этой части были подтверждены Апелляционным судом округа Свеа⁹. Подводя итог сказанному, еще раз обратим внимание на то, что при исследовании вопроса правоспособности лица на заключение арбитражной оговорки арбитры и шведский суд будут руководствоваться исключительно личным законом каждой из сторон спора.

8.3. Право, применимое к существу спора

Руководствуясь принципом автономии воли, стороны могут договориться о материальном праве, которое будет применяться к их правоотношениям и соответственно к возникающим из таких правоотношений спорам. Общепринято, что правовым фундаментом отношений сторон является сам договор, в части, не противоречащей императивным нормам права и соответствующему публичному порядку. Поэтому при разрешении спора по существу арбитры в первую очередь обратятся к положениям самого договора и лишь после этого – к нормам применимого материального права. В данном случае волеизъявление сторон (договор) является первичным правопорядком, а применимое материальное право – субсидиарным правопорядком. Другими словами, поскольку договором невозможно урегулировать все аспекты конкретного правоотношения, стороны договариваются о некоем применимом праве, которое урегулирует все то, что не охватывается положениями договора. При этом, подчиняя договор праву того или иного государства, считается, что стороны обращаются к нормам материального права, а не к его коллизионным нормам. Этому принципу следует и Регламент ТПС, ст. 22 которого презюмирует, что, подчиняя действие договора нормам права того или иного государства, стороны *«отсылают к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам»*¹⁰.

По статистике Арбитражного института ТПС в 90% международных споров, в которых местом арбитража является Швеция, стороны останавливают свой выбор на шведском материальном праве. В оставшихся 10% случаев чаще всего применяется российское, китайское, швейцарское право либо право штата Нью-Йорк (США). В спорах по Регламенту ТПС с местом арбитража за пределами Швеции часто встречаются следующие комбинации места арбитража и применимого права: а) Франция (место арбитража) – Венская конвенция 1980 г. или английское право (применимое право); б) Швейцария – английское право; в) Йоханнесбург – право ЮАР¹¹.

⁹ Svea hovrätt. *Stena RoRo AB v OAO Baltiyskiy Zavod*. № Т 8622-08. 20.05.2010.

¹⁰ Статья 22 (2) Регламента ТПС.

¹¹ <http://www.sccinstitute.com/?id=&newsid=38228>

В отсутствие соглашения сторон о применимом праве арбитрам отводится первостепенная роль в определении тех норм, которые подлежат применению к существу спора. Отметим, что в отношении внутреннего арбитража, где применимо материальное право Швеции и спор рассматривают шведские арбитры, принцип *jura novit curia* (суд знает право) применяется практически безусловно. При рассмотрении таких споров шведские арбитры самостоятельно толкуют и применяют нормы шведского права, руководствуясь которыми выносят решение. Ситуация несколько меняется, когда речь заходит о международном арбитраже, в котором применяется иностранное право, а спор рассматривают арбитры из разных стран. Может оказаться так, что у арбитров отсутствуют знания и практика применения норм выбранного сторонами применимого права. В таких спорах содержание норм права часто становится самостоятельным предметом доказывания сторон, как следствие, принцип *jura novit curia* в значительной степени утрачивает свое значение. По мнению некоторых шведских юристов, применение принципа *jura novit curia* в отношении проводимых в Швеции международных арбитражей «представляется весьма сомнительным»¹².

Тем более считается непримемлемым применение арбитрами норм права, на которые стороны вообще не ссылались в своих заявлениях. Напомним, что арбитры обязаны применить материальное право того государства, которое было выбрано сторонами. Это продиктовано действием основополагающего принципа автономии воли сторон (*lex voluntatis*). Нарушение этого принципа является основанием для отмены решения арбитража, поскольку противоречит праву сторон самостоятельно выбирать наиболее подходящий правовой порядок. В более широком смысле речь идет о таком процессуальном нарушении, как выход арбитров за рамки своих полномочий.

В то же время, как указал Апелляционный суд округа Свеа, неверное толкование арбитрами выбранных сторонами норм материального права само по себе не является основанием для отмены решения арбитража¹³. Дело в том, что толкование норм материального права входит в область усмотрения арбитров, которые разрешают спор по существу. Кроме того, на стороны возлагается обязанность разъяснить арбитрам содержание норм применимого материального права и доказать, что указанные нормы подлежат применению именно таким образом. Поскольку государственный суд не вправе

¹² Хобер К. Место арбитража: Стокгольм. Некоторые процессуально-практические аспекты // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. М., 2007.

¹³ Svea hovrätt. KSC International Ltd. v Tanzania National Road Agency. № Т 3735-12. 03.05.2013.

пересматривать решения арбитража по существу, неверное толкование норм права арбитрами не рассматривается в качестве основания для отмены решения арбитража.

В тех случаях, когда необходимо пояснить содержание и практику применения норм иностранного права, стороны привлекают правовых экспертов, имеющих квалификацию, опыт и профессиональное признание в юридическом сообществе страны, право которой применимо к спору. С помощью привлеченных экспертов каждая из сторон стремится обосновать правильность своих выводов в части применения норм материального права. Следует учитывать, что по Регламенту ТПС арбитры также вправе назначить эксперта. Однако, несмотря на предусмотренную Регламентом возможность, на практике арбитры достаточно редко обращаются к услугам эксперта арбитража, возлагая функции доказывания на стороны.

В случае несогласования сторонами вопросов применимого права по Регламенту ТПС *«состав арбитража применяет закон или правовые нормы, которые он считает наиболее подходящими»*¹⁴. Примечательно, что содержание категории *«применимое право»* описывается в данной статье с помощью двух базовых элементов: а) *«закон или правовые нормы»* и б) *«наиболее подходящие правовые нормы»*.

Термин *«закон или правовые нормы»*, используемый Регламентом ТПС, по сути означает, что арбитраж не связан рамками какого-либо национального правопорядка и полномочен опираться не только на нормы коллизионного или материального права определенного государства (в понимании Регламента ТПС – *«закон»*), но и на нормы права, не имеющие «национальности». К таковым можно отнести, например, Принципы УНИДРУА¹⁵, ИНКОТЕРМС, нормы *lex mercatoria* и другие (в значении Регламента ТПС – *«правовые нормы»*). В поисках оптимального правопорядка для разрешения спора международный арбитраж нередко выходит за рамки национального правового регулирования. Применяя совокупно нормы международных договоров, национального материального права, а также общепризнанные принципы и обычаи делового оборота, арбитры создают уникальную правовую систему для разрешения конкретного спора и свободны использовать весь доступный арсенал правовых норм, не ограничиваясь какой-либо правовой системой или же сводом общепризнанных правил и принципов. На практике арбитры нередко комбинируют нормы национального права и международные общепринятые принципы и обычаи делового оборота.

¹⁴ Статья 22 (1) Регламента ТПС.

¹⁵ Принципы международных коммерческих договоров, разработанные Международным институтом по унификации частного права в Риме (УНИДРУА).

Существует мнение о том, что нормы *lex mercatoria* не являются «правом» или «системой права» по смыслу Закона «Об арбитраже». Утверждается, что для применения норм *lex mercatoria* стороны должны специально уполномочить на то арбитраж¹⁶. Оппоненты этой точки зрения убеждают, что арбитраж функционирует вне какой-либо национальной правовой системы, следовательно, он свободен обратиться к тому праву, применение которого считает наиболее рациональным¹⁷. В специализированной литературе широко обсуждалось решение шведского арбитража, в котором в качестве базовых норм права были применены нормы *lex mercatoria*, а для устранения существовавших пробелов – нормы материального права Швеции.

Компании из Люксембурга и Китая заключили договор лицензирования, в котором каждая из компаний выступала в качестве лицензиата в отношении одних объектов интеллектуальной собственности и лицензиара в отношении других и наоборот. По факту нарушения обязательств о неразглашении китайской стороной люксембургская компания подала иск в Арбитражный институт ТПС.

Поскольку вопрос применимого права не был разрешен в договоре, обе стороны изложили свои позиции в отношении права, подлежащего применению к существу спора. Истец указал, что арбитраж должен выбрать между материальным правом Швеции, Принципами УНИДРУА или материальным правом Люксембурга. Ответчик настаивал на том, чтобы арбитраж применил материальное право Китая.

Исследовав доводы сторон, арбитраж решил, что в отсутствие договора о применимом праве к существу спора применяются общепризнанные принципы международной торговли, в частности Принципы международных коммерческих договоров, разработанные Международным институтом по унификации частного права в Риме (УНИДРУА). Арбитраж также указал на то, что в тех областях, которые не регулируются указанными Принципами, subsidiarily применяется материальное право Швеции как нейтральное право. Арбитраж пояснил, что необходимость выбора нейтрального права связана с тем, что в данном споре обе компании обладают симметричными правами и обязанностями, одновременно являясь лицензиатом и лицензиаром. То есть в каждой из сторон сочетается заказчик и исполнитель, что не позволяет определить, какая из правовых систем имеет более тесную связь с договором¹⁸.

Характерно, что в приведенном выше примере арбитраж отходит от модели, в которой национальный правопорядок рассматривался бы в качестве основного, базового права в споре. Отправной точкой в поиске применимого права стал коллизионный принцип «права исполнителя» (*characteristic performer*), когда, определяя применимое право, суд или арбитраж принимают во внимание право той стороны, которая осуществляет основные действия (в отличие от другой стороны, которая лишь осуществляет оплату), направленные

¹⁶ *Johann von Pachelbel, Robin Oldenstam. Chapter on Sweden / Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration. Edited by Frank-Bernd Weigand. Oxford, 2009. Para 11.209.*

¹⁷ *Loukas Mistelis. Unidroit Principles Applied as "Most Appropriate Rules of Law" in a Swedish Arbitral Award // Uniform Law Review (Revue de droit uniforme). Vol. VIII (2003-3). P. 631–640.*

¹⁸ SCC Case 117/1999. Separate Award. SCC Arbitration Rules.

на исполнение договора. Данный принцип можно найти как в национальных коллизионных нормах права, так и в международных договорах¹⁹. К слову, данный принцип содержится и в ст. 1211 Гражданского кодекса РФ: *«Правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, считается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора»*. В качестве иллюстрации данной нормы стороной, осуществляющей фактическое исполнение договора, является: продавец в договоре купли-продажи; подрядчик в договоре подряда; перевозчик в договоре перевозки; страховщик в договоре страхования; лицензиар в лицензионном договоре и т.д. Принимая во внимание тот факт, что по договору обе стороны являлись исполнителями (лицензиарами), хотя и в отношении разных объектов интеллектуальной собственности, арбитраж не нашел возможным применить право Люксембурга или право Китая на основе коллизионного принципа «права исполнителя». Обстоятельства дела обусловили необходимость прибегнуть к применению какого-либо нейтрального права, в качестве которого арбитры выбрали получившие широкое международное признание Принципы УНИДРУА. Шведское же право было применено арбитрами субсидиарно, как нейтральное материальное право, наиболее тесно связанное с разрешением спора, поскольку арбитраж проходил в Швеции.

Несмотря на то что данный пример, возможно, не характеризует в полной мере общепринятую практику, он дает понимание того, что арбитраж не ограничен применением исключительно норм определенного национального права и волен выбрать тот правопорядок, который в наибольшей степени соответствует духу международной сделки.

В Регламенте ТПС вопрос определения права в отсутствие указания сторон на применимое право решен таким образом, что арбитры в принципе могут и не обращаться к коллизионно-правовому методу для определения применимого материального права. Арбитраж волен напрямую обратиться к нормам материального права, *«которые он считает наиболее подходящими» (voie directe)*. В рамках данного подхода происходит делокализация арбитража и выход его за пределы национальной правовой системы.

В тех же случаях, когда арбитры все-таки обращаются к коллизионно-правовому методу, важно иметь в виду, что арбитраж в Швеции не связан применением именно шведских коллизионных норм²⁰. *«Наиболее подходящие правовые нормы» (lex causae)*

¹⁹ Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. Швеция является участницей Конвенции.

²⁰ Holmbäck Ulf, Wetter J. Gillis. Arbitration in Sweden. Stockholm Chamber of Commerce. Stockholm, 1977. P. 47.

могут быть выявлены на основе коллизионных норм, имеющих гораздо более тесную связь с правоотношением, чем коллизионные нормы места арбитража²¹.

На наш взгляд, при использовании арбитражем коллизионно-правового метода применение коллизионных норм места арбитража для определения применимого материального права представляется более предпочтительным, потому что такой подход в значительной степени унифицирует арбитражную практику, следовательно, делает арбитраж более предсказуемым. Именно на унификацию ключевых институтов арбитража сегодня ориентирована международная правовая наука и практика. Примеров, свидетельствующих о том, что вектор развития международного арбитража направлен в сторону унификации, достаточно много, среди них принятие Типового закона ЮНСИТРАЛ²², Правил *IBA* по получению доказательств в международном арбитраже²³, Правил *IBA* по конфликту интересов в международном арбитраже²⁴, Рекомендаций *IBA* о представительстве сторон в международном арбитраже²⁵ и др.

²¹ *Ole Lando*. The Law Applicable to the Merits of the Dispute. /Essays on International Commercial Arbitration. Boston; London, 1991. P. 138.

²² Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (с изменениями, принятыми в 2006 г.).

²³ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration. 29 May 2010.

²⁴ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. 22 May 2004.

²⁵ IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. 25 May 2013.