

ДВЕ МОДЕЛИ ВЫБОРА ПРАВА В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Д.Б. Лопатин, В.А. Абабков

Одним из достоинств международного коммерческого арбитража, как органа разрешения споров в Российской Федерации, является его определенная независимость от коллизионных норм раздела VI части III ГКРФ согласно абз.2 п.1 ст.1186 ГКРФ, особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, которые утверждаются Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже», установившим в ст. 28 следующий алгоритм поиска применимых норм права:

- 1) право, избранное сторонами путем их волеизъявления;
- 2) право, избранное путем применения коллизионных норм, которые арбитры считают применимыми.

Ситуация осложняется тем, что выбор права сторонами договора может быть не сформулирован прямо. Пожалуй, нигде так не проявляется проблема конфликта воли и волеизъявления сторон договора: стороны полагают, что они сформулировали оговорку о применимом праве достаточно четко и ясно, однако при оценке ее арбитром возникает ряд проблем.

Так, часто встречается ссылка на систему права или на некие принципы права, что не является действительным выбором права сторонами. Такой выбор права не будет принят во внимание арбитрами.

Кирилл Игоревич Налётов приводит в пример оговорки о применимом праве содержащегося в ст. 23.1 Соглашения о разведке, эксплуатации и разделе продукции на месторождении «Шах-Дениз» в азербайджанском секторе Каспийского моря, в соответствии с которыми Соглашение подчиняется «...принципам права общим для английского права и права Азербайджана и интерпретируется в соответствии с ними, в случае отсутствия таковых в каждом случае – в соответствии с принципами общего права провинции Альберта (Канада), кроме коллизионных норм» [1]. Очевидно, что в данном случае попытка прикрытия выбора сторонами права основной нефтегазоносной провинции Канады довольно неудачна, поскольку, во-первых, альтернативной коллизионной привязкой выступают опять-таки принципы норм права, а во-вторых, непонятен смысл исключения коллизионных норм, действующих в Канаде. Такое исключение целесообразно и имеет какой-либо смысл лишь тогда, когда речь идет не о принципах права, а о праве в целом, тогда для исключения попадания правоприменителя в гегелевскую «дурную бесконечность» исключается обратная отсылка к праву государства, коллизионные нормы которого указали на право другого государства.

Выбор форума тоже можно рассматривать как выбор права, если сторонами потенциального спора избрано определенное место судебного разбирательства. Часто позиция арбитров основывается на мнении, что отсылка, например, к правилам Морского Страхования Ллойда указывает на молчаливый выбор сторонами английского права.

Однако, например, ссылка в оговорке на Арбитраж международной торговой палаты, Арбитраж г. Вена или на разбирательство в соответствии с Арбитражным Регламентом ЮНСИТРАЛ не указывает на выбор права (если, конечно, речь не идет о праве, регулирующем процедуру разбирательства).

По мнению руководителя Комиссии по разработке европейского контрактного права проф. Оле Ландо (Lando), выбор сторонами контракта «нейтрального» (здесь: государства не связанного со сторонами международного коммерческого контракта) места судебного разбирательства necessarily свидетельствует о выборе сторонами того же права. Аналогично и отношение Оле Ландо к выбору сторонами национального арбитражного института «нейтрального» государства.

Английские суды придерживаются мнения о том, что указание на конкретный форум можно рассматривать как указание на применимое право.

Французские суды, взяв на вооружение тот же принцип, столкнулись с проблемой влияния недействительности арбитражной оговорки по *lex fori* (по закону суда (лат)) (французскому праву) на действительность выбора

применимого права (английского права), в соответствии с которым арбитражная оговорка была действительна. И, хотя в случае отсутствия юридически действительного выбора права применялось английское право, суд постановил, что указание на английский форум является подразумеваемым и действительным выбором английского права.

Как правило, критерий избранного сторонами форума используется в качестве дополнительного критерия, когда основное место деятельности (place of business) находится там же [2].

Правило о самостоятельном выборе арбитрами коллизионной нормы, подлежащей применению и представляющей собой дословный перевод параграфа 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международном коммерческом арбитраже» 1985 года и ст. 33 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ, достаточно консервативно, поскольку основной тенденцией современного развития международного коммерческого арбитража в данной сфере является прямой выбор арбитрами применимого права.

Ряд актов национального уровня предписывает арбитрам самим выбирать применимое право:

Так, п. 2 и 3 ст. 34 Закона Испании от 26 декабря 2003 года «Об Арбитраже» указывают, что арбитры международного арбитража разрешают спор в соответствии с нормами, избранными сторонами, а если стороны таковых не указали – в соответствии с теми, которые они считают применимыми.

Пункт 3 ст. 4 Регламента Арбитражного Суда Испании дублирует норму вышеназванного закона.

Вашингтонская Конвенция 1962 года «О разрешении инвестиционных споров между государствами и лицами других государств», в соответствии с которой был образован Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС/ICSID), установила следующую модель выбора форумом права, применимого к существу спора: в случае отсутствия соглашения сторон спора применяется право государства, являющегося стороной спора (ст. 42 (1)) и применимых норм международного права. При этом указанные нормы международного права используются субсидиарно.

Остальные форумы пока придерживаются концепции «непрямого» выбора права – выбора на основании коллизионных норм, которые арбитр считает применимыми. Таковы правила рассмотрения споров в МКАС при ТПП Украины, МКАС при ТПП Молдовы, Лондонского суда Международного арбитража. Аналогичны правила определения права, применимого к существу спора в арбитражах Канады.

Разница между выбором на основании коллизионных норм и выбором на основании мнения арбитра не столь существенна. Коллизионная норма все равно укажет на материальное право, которое считает применимым арбитр. Какова практическая разница между выбором права, подлежащего

применению, и нормой права, указывающей на право, подлежащее применению? Рассуждая умозрительно, разницы не существует. Выбирая коллизионную норму, арбитр неизбежно связан *lex fori* (здесь законом суда (лат)), точнее, *lex loci arbitri* (здесь законом местонахождения арбитра (лат)). Об этом красноречиво свидетельствует практика МКАС при ТПП РФ, арбитры которого неуклонно выбирают в случае невнятного выбора права сторонами международной коммерческой сделки право, подлежащее применению в соответствии с положениями раздела VI части III ГКРФ, уподобившись суду государственной судебной системы.

Так, например, в Решении от 28.06.2010 года по делу N 143/2009 МКАС при ТПП РФ, применив в отсутствие надлежащего выбора права сторонами спора коллизионные нормы раздела VI части III ГКРФ, указывающие на право Республики Армения.

Действующее российское законодательство о международном коммерческом арбитраже позволяет (в случае умолчания сторонами спора о применимом праве) арбитрам самостоятельно выбирать коллизионные нормы и, соответственно, осуществлять выбор права, применимого в соответствии с ними. Однако практика российского международного коммерческого арбитража свидетельствует о том, что арбитры предпочитают выбирать именно российские коллизионные нормы.

Из сказанного выше следует, что предоставление арбитрам права самостоятельно выбирать применимое право, в случае если стороны не согласовали его, приведет к тому, что арбитры МКАС при ТПП РФ и других органов международного коммерческого арбитража, созданных по российскому праву, неизменно будут выбирать *lex loci arbitri*, в то время как определение права на основании коллизионных норм оставляет возможность применить иное право.

Библиографический список

1. Налетов, К.И. Основные проблемы разрешения споров, возникающих в сфере пользования недрами / К.И. Налетов // Материалы Всероссийского научно-методологического семинара / под ред. Г.Е. Быстрова. – Казань: Изд-во «Татлитмат», 2007. – С. 290.
2. Налетов, К.И. Категория «коммерческое предприятие сторон» в международном частном праве / Гражданин и право. – № 10. – октябрь 2009.