

## **Проблемы правоприменения обычаев делового оборота**

Согласно п. 1 ст. 5 Гражданского кодекса РФ (далее ГК РФ) обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно документально. Указанный пункт придает неписанному правилу поведения в области предпринимательской деятельности значение источника права и именуется его обычаем делового оборота при наличии того, что данное правило должно быть:

а) сложившимся, то есть носить устойчивый и достаточно определенный характер;

б) широко используемым в какой-либо области предпринимательства и поэтому являющимся общепризнанным в соответствующей сфере бизнеса;

в) не предусмотрено законодательством.

Казалось бы, эти признаки носят вполне определенный характер, однако при разрешении практических вопросов они вызывают многочисленные споры, поскольку каждая из спорящих сторон толкует сложившиеся обычаи в своих интересах. Не способствует единообразию применения обычаев делового оборота и судебная практика. Так, в п. 4 Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 1.07.96 г. № 6/8 в качестве примера обычая названы «традиции исполнения тех или иных обязательств». Хотя сами по себе традиции исполнения еще не обычай; они становятся обычаем только при наличии всех названных в п.1 ст. 5 ГК РФ признаков [1].

Сложность формулирования обычаев делового оборота состоит в том, что они не должны быть зафиксированы в

письменном документе, хотя нередко таковые имеются и являются желательными, ибо это вносит определенность в отношения сторон и исключает возникновение коммерческих споров. Иногда для установления факта наличия делового оборота используют не только ссылки в законах, но и критерии норм нравственности, морали. Так, ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в числе признаков, характеризующих недобросовестную конкуренцию, называет любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые противоречат обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости [2].

По сфере действия обычаи могут быть отраслевыми, межотраслевыми, региональными, локальными (то есть применяемыми двумя или более партнерами по сделкам), общенациональными и т.п. Так, п/п 29 п. 1 ст. 11 Таможенного кодекса РФ под коммерческими документами понимает: счет-фактуру (инвойс), отгрузочные и упаковочные листы и иные документы, которые используются в соответствии с международными договорами Российской Федерации, законодательством Российской Федерации или обычаями делового оборота при осуществлении внешнеторговой и иной деятельности и которые в силу закона, соглашения сторон или обычаев делового оборота используются для подтверждения совершения сделок, связанных с перемещением товаров через таможенную границу [3].

По форме своего выражения обычаи могут быть устными или письменными, зафиксированными в каком-либо документе. Так, в качестве обычаев делового оборота рассматриваются примерные условия договоров, опубликованные в печати (п. 1 ст. 427 ГК РФ). Наличие и содержание обычаев, применяемых к конкретным правоотношениям, в том числе обычаев, выраженных в устной форме, относится к сфере доказательственного права, то есть при конфликте заинтересованная сторона

должна доказать, что используемое ею правило поведения хотя и не предусмотрено законодательством, но носит устойчивый и достаточно определенный характер, а также широко применяется в данной сфере предпринимательства и поэтому его следует квалифицировать как обычай делового оборота, то есть правовой источник, который может быть основой принятия решения по спору.

В ряде статей ГК РФ имеются прямые отсылки к обычаям делового оборота, например, ст. 309 устанавливает общий принцип исполнения договоров: обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. Ст. 311 предоставляет кредитору право не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства и не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства. Еще более конкретное правило установлено ст. 314: «... если обязанность исполнения договора не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства, то применяются обычаи делового оборота...»

Статья 474 ГК РФ определяет, что если порядок проверки качества товара не установлен законом, иными нормативными правовыми актами или соглашением сторон, то применяются обычаи делового оборота или иные обычно применяемые условия проверки товара, подлежащего передаче по договору купли-продажи.

Эти примеры свидетельствуют о том, что если стороны при заключении договора «забыли» согласовать какое-то условие, которое затем вызвало спор, то при судебном разбирательстве принимаются во внимание доказательства о наличии в данной сфере обычаев делового оборота. Вместе с тем стороны вправе включать в договор условия, противоречащие обычаям дело-

вого оборота. Равным образом они могут трансформировать обычаи делового оборота в условия договора, и в этом случае обычаи приобретают силу существенных условий сделки.

Применение обычаев предусматривается специальными нормативными правовыми актами, в частности ст. 134, 135 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации, и может вытекать из положений международных договоров.

Кстати, современный товарооборот охватывает столь обширный спектр различных торговых сделок, что ни одна национально-правовая система не может воплотить в себе механизмы разрешения всех возможных ситуаций. Более того, экономические процессы обуславливают новые виды и формы торговых операций. Именно поэтому особую роль в сфере международной торговли приобретают негосударственные формы регулирования, в частности *lex mercatoria* (лат. торговое право), которое, по сути, устанавливает обычаи международной торговли – правило поведения, сложившееся в сфере международного товарного оборота.

Вместе с тем не любое правило поведения может классифицироваться как обычай торгового оборота. Для ответа на поставленный вопрос необходимо выделить характерные признаки обычаев международной торговли как источника *lex mercatoria*:

1) обычаями являются те правила поведения, которые складываются в результате их многократного единообразного применения, то есть правила, отражающие типичный ход коммерческой практики – «торговые привычки»;

2) правила носят универсальный характер применительно к той или иной области международного товарооборота, то есть могут быть применимы вне зависимости от государственной принадлежности, территориального нахождения субъектов. Связующей сферой применения данных правил служит отрасль международного коммерческого оборота;

3) указанные правила сохраняются в течение длительного периода времени в постоянном, неизменном виде;

4) широкая известность данных правил поведения в той или иной сфере международной коммерческой деятельности применительно к контрактам определенного типа, то есть предполагается знание о существовании и содержании обычаев у субъекта, принадлежащего к международному деловому кругу. Следует отметить, что местные и региональные обычаи не имеют критерия широкой известности, поэтому стороны не вправе ссылаться на обычаи внутренней торговли своей страны при участии в международном коммерческом обороте;

5) участие в международной коммерческой деятельности предполагает принятие указанных правил в качестве регулятора по умолчанию, то есть даже если не было прямо выраженного согласия на их использование.

В то же время ст. 9 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980. Далее – Венская конвенция) [4] устанавливает, что стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились. Если же такая договоренность отсутствовала, то согласно п. 2 ст. 9 Венской конвенции считается, что стороны подразумевали применение обычаев к договору, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли. Более того, ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» предусматривает, что суд должен принимать решение с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке [5]. Характерно, что приоритет обычаев над нормами международных соглашений, в частности Венской конвенции, подтвержден международной судебной практикой. Так, в деле № 240 от 15 октября 1998 г., рассмотренном Австрийским Верховным судом [6], в деле № 10 от 23 октября 1991 г., рассмотренном в Национальном коммерческом

суде Аргентины [7], решения вынесены на основе применения обычаев международного коммерческого оборота.

Указание на необходимость применять международные торговые обычаи содержится также в рекомендательных актах международных организаций. В частности, соответствующие положения закреплены в ст. 1.8, п. “f” ст. 4.3 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (ред. 1994 г.); ст. 1.9 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (ред. 2004 г.); ст. 1:105 Принципов европейского контрактного права [8].

При коллизиях национального законодательства и обычаев практика национальных судебных инстанций идет по пути признания большей юридической силы за обычаями международной торговли, нежели диспозитивными нормами международных соглашений и национального законодательства. На эту тенденцию обращают внимание многие исследователи. Аналогичную позицию занимает арбитраж Международной торговой палаты (МТП), в котором суд применил международные торговые обычаи как составную часть *lex mercatoria* вместо положений национального законодательства, определенного на основании коллизионных норм. При этом арбитраж указал, что закон страны продавца (*lex venditoris*) предусматривает слишком короткие сроки для проведения осмотра поставленного товара, что не соответствует общепринятым торговым обычаям, и использовал для решения дела соответствующие обычаи.

Заслуживает внимания тот факт, что обычаи являются неотъемлемой частью торговой практики вне зависимости от того, знала ли сторона о существовании конкретного обычая. В контексте данного положения существуют две теории (два подхода) относительно природы знания субъекта, участвующего в международной торговле, о существовании обычая:

1) субъективный подход, согласно которому стороны связаны только теми обычаями, о которых они имели представ-

ление в момент заключения контракта (данная теоретическая модель закреплена в законодательстве Германии, Австрии, США);

2) объективный подход, сторонники которого утверждают, что для сторон обязательны любые обычаи, объективно существующие в той или иной отрасли международной торговли (указанная модель отражена в законодательстве Франции, Бельгии).

Достаточно успешная попытка сочетания этих двух теорий была сделана Рабочей группой по разработке Венской конвенции. В ситуации, когда представители западного бизнеса требовали использования объективной теории, а представители стран «восточного блока» и развивающихся государств настаивали на включении в конвенцию субъективной позиции, была найдена «золотая середина», в результате чего в Венской конвенции закреплено требование о том, что обычаи подлежат применению только, если стороны «знали или должны были знать» о них.

Однако такой компромисс отвечал политическим требованиям конца 80-х годов – периода противостояния стран социализма и Запада. В настоящее время в связи с интеграцией большинства государств в общий мировой рынок представляется, что объективная теория больше соответствует интересам современного товарооборота, поскольку для признания силы того или иного обычая в свете субъективной теории необходимо еще доказать знание другой стороны о соответствующем правиле. В то же время объективная теория исходит из принципа профессиональной компетентности участников международной торговли, то есть отсутствует необходимость доказывать указанный факт.

Данное обстоятельство стало решающим и для арбитража, который все чаще признает практическую применимость принципа профессиональной компетентности и тем самым подтверждает использование объективной теории при рассмотре-

нии вопросов о применении торговых обычаев. Иллюстрацией может служить спор между ТОО «Меджик» и АКБ «Алина Москва», в котором Арбитражный суд г. Москвы посчитал возможным принять в качестве доказательства, подтверждающего наличие обычая, ответы ряда коммерческих банков, указывающих, что в банковской деятельности по осуществлению расчетов платежными поручениями между плательщиками – клиентами банка и получателями платежа – продавцами (поставщиками) товаров сложилось и широко применяется правило, в соответствии с которым банк, принимая платежное поручение к исполнению, подтверждает оплату товара, представляя на принятом поручении свою печать вместе со штампом и подписью операциониста, и выдает его на руки клиенту для подтверждения факта совершения платежа по договору [9, с. 27].

Особый интерес представляет позиция международного арбитража о признании молчания в качестве обычного способа принятия условий об изменении договора. Дело в том, что вопрос о правовой природе молчания является дискуссионным, поскольку некоторые авторы квалифицируют его как общий принцип права, другие считают его обычаем. По моему мнению, более обоснованной является последняя точка зрения, поскольку, как уже было отмечено, общие принципы права имеют сходное проявление во многих национальных системах, в то время как обычаи международной торговли могут закреплять иные правила, чем предусмотренные национальным законодательством, которым устанавливаются различные подходы к проблеме молчаливого согласия. Например, в российской договорной практике молчание не рассматривается в качестве акцепта, если иное, как установлено в п. 3 ст. 438 ГК РФ, не вытекает из закона, обычая делового оборота или из прежних деловых отношений сторон. Аналогичные положения закреплены в ст. 1394 Гражданского кодекса Квебека, ст. 22 Закона КНР О договорном праве. Апелляционный суд

г. Франкфурта в решении от 5 июля 1995 г. применил обычай, в соответствии с которым возможно осуществление акцепта молчанием. Суть спора состояла в том, что поставщик, не имея возможности поставить товар, не отказался от заявки на поставку, тем самым согласившись с пролонгацией договора поставки по умолчанию. В итоге арбитр принял решение, по которому обязал возместить причиненные покупателю убытки.

В целях оказания практической помощи субъектам предпринимательской деятельности Национальные торгово-промышленные палаты России изучают существующие обычаи и публикуют их для сведения заинтересованных лиц.

Поскольку обычай признается п. 1 ст. 5 ГК РФ источником права, его применение следует считать возможным и при отсутствии в соответствующих правовых нормах прямой отсылки к обычаю, если налицо пробел в законодательстве и в условиях заключенного сторонами договора нет соответствующей оговорки.

Пунктом 2 ст. 5 ГК РФ предусмотрено, что обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются. Положения этого пункта, не содержащие прямого указания о соотношении обычая и диспозитивной нормы, дополняются правилом п. 5 ст. 421 ГК РФ, согласно которому обычаи делового оборота применяются к условиям договора, если они не определены самими сторонами или диспозитивной нормой. Обычаи делового оборота должны приниматься во внимание также при толковании условий договора (ст. 431 ГК РФ).

Из сопоставления ст. 5 «Обычаи делового оборота» и ст. 6 «Применение гражданского законодательства по аналогии» ГК РФ следует, что суд или другой правоприменительный орган не только может, но и обязан при обнаружении в правовом либо ином нормативном акте пробела, который не восполняется договором, применить обычаи делового оборота. С уче-

том изложенного вполне логично сделать вывод: обычай делового оборота как источник правового регулирования, широко применяемый не только национальным, но и международным законодательством, нуждается в законодательном установлении и закреплении.

Специфика обычаев делового оборота обусловлена тем, что появиться они могли только в обществе, в котором существуют товарно-денежные отношения, а нормы права не охватили все возможные варианты поведения участников. Многие обычаи после прохождения законодательного процесса в разных государствах становились правовыми нормами.

Вместе с тем существует несколько причин, по которым ряд обычаев не приобрели статус правовых норм. Одна из важнейших – узкая сфера применения и крайне специфический смысл. Также распространенной причиной является длительный период принятия нормативного акта по уже сложившемуся взаимоотношению сторон сделки. Кроме всего прочего, многие из обычаев, которые сложились в сфере экономической деятельности, не имеет смысла включать в правовое поле, поскольку касаются они собственно поведения хозяйствующих субъектов по отношению к партнеру (контрагенту), причем обычай этот относится больше к сфере деловых партнеров.

На основании вышеизложенного можно сделать следующий вывод: обычаи делового оборота широко используются не только в предпринимательской деятельности субъектов гражданского оборота, но и принимаются во внимание судебными, налоговыми, таможенными, антимонопольными и иными государственными структурами в качестве источников регулирования отношений деловых субъектов, а также при осуществлении административного контроля их деятельности.

## Список литературы

1. Постановление Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. 1996. № 9.

2. Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Собрание законодательства Российской Федерации от 31 июля 2006 г. № 31 (часть I). Ст. 3434 (с изм. от 08 ноября 2008 г.).

3. Таможенный кодекс Российской Федерации от 28 мая 2003 г. № 61-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 2 июня 2003 г. № 22. Ст. 2066 (с изм. от 30 декабря 2008 г.)

4. СПС ГАРАНТ

5. Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 32. Ст. 1240.

6. см.: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html>

7. см.: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911023a1.html>

8. СПС ГАРАНТ

9. Более подробно см.: Мекка О., Штыкова Н. Применение судами обычаев делового оборота и торговых обыкновений // Российская юстиция. 2001. № 9.

**Научный руководитель** – В.Н. Синельникова, доктор юридических наук, профессор