

**ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ АРБИТРАЖНЫМИ СУДАМИ
ОБЫЧАЕВ ДЕЛОВОГО ОБОРОТА**

Новый Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (далее — АПК РФ), вступивший в силу с 1 сентября 2002 г., уделил особое внимание обычаю делового оборота. Во-первых, в кодексе специально указано на необходимость применения обычаев делового оборота арбитражными судами (ст. 13), в то время как в ранее действовавшем АПК Российской Федерации об обычае делового оборота вообще не упоминалось. Во-вторых, в качестве одной из задач судопроизводства в арбитражных судах названо содействие формированию обычаев и этики делового оборота (ст. 2). Эти положения, думается, должны побудить арбитражные суды серьезнее относиться к применению обычаев делового оборота при рассмотрении дел. Пока же приходится констатировать, что проблеме правильного применения обычаев делового оборота суды не уделяют должного внимания. Между тем со времени их легализации Гражданским кодексом Российской Федерации (далее ГК РФ) прошло уже более семи лет.

Если в первые годы после принятия ГК РФ случаи применения судами обычаев делового оборота носили единичный характер, то в последнее время все чаще стороны судебного спора в обоснование своих позиций ссылаются на обычаи делового оборота, а суды их применяют. Однако до сих пор не сложилось устойчивой, более или менее определенной практики судебного применения обычаев делового оборота.

Показательным в этом отношении является дело, в котором Федеральный арбитражный суд Уральского округа, оценивая законность и обоснованность решения Арбитражного суда Челябинской области, признал, что «...действия технического директора, осуществленные в пределах полномочий, предоставленных приказом генерального директора, и в соответствии со сложившимися у сторон обычаями делового оборота, являются, по существу, действиями органа данного юридического лица и порождают для последнего соответствующие права и обязанности» (дело № У-56/96-ГК). В указанном деле суд допустил типичную ошибку, назвав обычаем

* Миклашевская Наталья Игоревна — научный сотрудник отдела права ИФиП УрО РАН.

делового оборота сложившуюся между сторонами практику. И это далеко не единичный пример неверной оценки судами обычаев делового оборота.

Указанное и подобные дела свидетельствуют о необходимости тщательного анализа практики, связанной с обычаями делового оборота, и выработки научных рекомендаций по их судебному применению. Этой задаче и посвящена настоящая статья.

Правовая основа применения арбитражными судами обычаев делового оборота

До вступления в силу нового АПК РФ ни один из процессуальных кодексов Российской Федерации не предусматривал обязанности суда применять обычаи делового оборота при разрешении споров. В Постановлении пленума Верховного суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» содержались лишь некоторые пояснения к статье 5 ГК РФ, которые, так или иначе, ориентировали арбитражные суды на применение обычаев делового оборота. Новый АПК РФ прямо указал, что при рассмотрении дел судам надлежит руководствоваться обычаями делового оборота (конечно, наряду с нормативными правовыми актами).

В соответствии с п.1 ст. 13 АПК РФ, арбитражные суды применяют обычаи делового оборота в случаях, предусмотренных федеральным законом. Однако это не означает, что у суда имеются основания для применения обычаев лишь при наличии отсылки к ним в конкретной статье Гражданского кодекса или иного закона. Статья 5 ГК РФ не связывает применение обычаев делового оборота с наличием такой отсылки. Именно эта статья Гражданского кодекса является общей правовой основой для применения судом любого обычая делового оборота, если он не противоречит обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства и договору.

Инициатива применения обычаев делового оборота

В настоящее время в подавляющем большинстве случаев инициаторами применения обычаев делового оборота в процессе судебного рассмотрения спора являются сами стороны, а точнее — одна из сторон. Применение обычаев делового оборота по инициа-

тиве суда на сегодняшний день маловероятно, особенно в отношении тех обычаев, которые только начинают складываться и которые нигде не зафиксированы. Суды, как правило, не осведомлены о существовании обычая, на которые ссылаются стороны. В такой ситуации очень сложно распознать действительно существующий обычай делового оборота, установить его содержание и зафиксировать его в судебном акте.

Тем не менее суд может применить обычай делового оборота и по своей инициативе. Более того, если стороны не поднимают вопрос о применении обычая делового оборота, но суду известен обычай, относящийся к рассматриваемому вопросу, то суд обязан его применить. Об отношении суда к обычному праву в свое время Г.Ф. Шершеневич писал: «Несомненно, что если обычай носит юридический характер, если он является источником права, — суд должен знать его (*jura novit curia*), а следовательно, и применять, не ожидая ссылки сторон»¹. В современном гражданском праве обязанность суда применить известный ему обычай делового оборота также следует из его правовой природы как юридической нормы, которая должна применяться независимо от усмотрения суда. При этом, учитывая характер обычая делового оборота как диспозитивной правовой нормы, следует рекомендовать судам разъяснять сторонам их право по своему соглашению исключить применение обычая делового оборота к спорным отношениям.

Проблема квалификации арбитражными судами обычаев делового оборота

Анализ практики применения арбитражными судами обычаев делового оборота свидетельствует о том, что прежде всего суды сталкиваются с проблемой их квалификации. Именно здесь ими допускаются наибольшее количество ошибок.

Самой распространенной ошибкой при этом является квалификация в качестве обычаев делового оборота сложившейся между сторонами практики.

Так, Арбитражный суд г. Москвы посчитал необоснованными требования истца о взыскании убытков, понесенных в связи с продажей банком ценных бумаг при исполнении им договора об оказании брокерских услуг, без распоряжения об этом истца. При

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т.1. СПб., 1908. С.80.

этом суд придал значение «сложившейся у сторон фактически практике устных поручений, являющихся для них обычаем делового оборота» (дело № КГ А40/3998–01).

В другом случае Федеральный арбитражный суд Уральского округа, оценивая обоснованность выводов судов первой и апелляционной инстанций, в мотивировочной части своего постановления ссылается на отсутствие судебной оценки доводов истца, утверждавшего, что «между сторонами сложилась практика (обычай делового оборота) подписания путевых листов лицами, принимающими грузы» (дело № Ф09–251/2000).

Подобная ошибка была допущена тем же судом, который, отменяя судебные акты первой и апелляционной инстанций, указал на то, что «суд не учел обычай делового оборота, сложившийся в результате длительных хозяйственных связей сторон», который, по мнению суда, выразился в том, что «на протяжении нескольких лет задолженность по взаиморасчетам выводилась при составлении сторонами акта сверки» (дело № Ф09–119/99–ГК).

Практика взаимоотношений сторон, которую суд в приведенных примерах расценил как обычай делового оборота, по существу является заведенным порядком. В юридической литературе, в том числе дореволюционной, заведенный порядок четко отграничивали от правовых обычаев¹. В отличие от обычая делового оборота, заведенный порядок не является источником норм права. Кроме того, заведенный порядок всегда складывается в отношениях между сторонами конкретной сделки (договора) и имеет значение только для этих сторон, в то время как обычай делового оборота распространяется на неопределенный круг лиц.

Другой характерной ошибкой в квалификации обычая делового оборота является признание в качестве такового правила, либо прямо предусмотренного законом (в широком смысле — нормативным правовым актом), либо вытекающего из закона, которое можно вывести путем его толкования.

Подобная ошибка была допущена судом, например, при рассмотрении следующего дела.

Поклажедатель по договору хранения обратился в арбитражный суд с иском о взыскании с хранителя убытков, возникших в связи с невозвратом поклажедателю по окончании срока хранения семян подсолнечника и пшеницы. В решении по делу суд указал,

¹ См. напр.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.: Спарк, 1995. С.37.

что, поскольку поклажедатель не вносил хранителю какой-либо платы за оказанные услуги по хранению, хранитель «правомерно с учетом специфики его деятельности (элеватор) и обычая делового оборота, основанного на этой специфике, удержал причитающуюся ему плату в виде зерна и семян подсолнечника». При этом суд не усмотрел в действиях хранителя признаков противоправности и указал на отсутствие каких бы то ни было убытков со стороны поклажедателя (дело № Ф09-76/01–ГК).

Вынося решение по указанному делу, суд правомерно отказал поклажедателью в удовлетворении исковых требований. Однако вызывает возражения ссылка суда на обычай делового оборота. То, что суд принял за обычай делового оборота, на самом деле является содержащимся в статье 359 ГК РФ общим правилом об удержании вещи кредитором в обеспечение своих требований к должнику. Именно правилами ГК РФ, а не обычаем делового оборота следовало обосновывать правомерность действий хранителя, удержавшего взятый на хранение товар в обеспечение оплаты поклажедателем услуг по хранению.

Эти и другие характерные ошибки, допускаемые арбитражными судами при квалификации обычаев делового оборота, объясняются во многом тем, что и в юридической науке, и в правоприменительной практике до сих пор отсутствует определенность в понимании юридической природы этого нового (а точнее, хорошо забытого старого) правового феномена. Между тем судам следует иметь в виду, что обычаем делового оборота является правило поведения, точнее, юридическая норма, признаки которой содержатся в ст. 5 ГК РФ. Поэтому при квалификации того или иного явления в качестве обычая делового оборота суд, прежде всего, должен проанализировать его на предмет соответствия признакам обычая делового оборота, указанным в ст. 5 ГК Российской Федерации, согласно которой обычаем делового оборота является правило поведения (родовое понятие), которое

- 1) сложилось;
- 2) широко применяется;
- 3) в какой-либо области предпринимательской деятельности;
- 4) не предусмотрено законодательством.

С учетом перечисленных признаков обычая делового оборота судам можно рекомендовать в первую очередь попытаться сформулировать обычай в виде четкого правила. Неудача в этой попытке будет свидетельствовать о том, что на самом деле обычай делового оборота просто отсутствует. В таком случае анализ явления на

предмет соответствия квалифицирующим признакам обычая делового оборота становится невозможным ввиду отсутствия самого объекта квалификации.

Проблема установления арбитражными судами содержания обычая делового оборота

С проблемой квалификации обычая делового оборота связана проблема установления судами его содержания и фиксации обычая в судебных актах. Выражается она в том, что суды, основывая свои решения на обычаях делового оборота, в подавляющем большинстве случаев не воспроизводят их содержание в судебном акте либо воспроизводят его крайне нечетко. В результате неясно, на каком же, собственно, обычае делового оборота суд основал свое решение.

Так, при рассмотрении одного из дел Федеральный арбитражный суд Уральского округа счел возможным применить обычай делового оборота. В постановлении по делу, очевидно желая раскрыть содержание этого обычая, суд указал: «одним из обычаев делового оборота при заключении сделок является проверка состоятельности покупателя» (дело № Ф09–610/97 ГК).

В другом деле тот же суд так сформулировал ссылку на обычай делового оборота: «истец (кредитор) не совершил действий, вытекающих из обычаев делового оборота и существа обязательства (не сообщил данные о счете, на который должны быть зачислены средства), до совершения которых ответчик не мог исполнить своего обязательства...» (дело № Ф09–581/99ГК).

Из процитированных судебных актов практически невозможно установить содержание обычая делового оборота, а следовательно, и оценить обоснованность его применения, а также законность судебного акта в целом.

В связи с этим кажется целесообразным рекомендовать судам формулировать в судебном акте выявленный обычай делового оборота в виде четкой правовой нормы (управомочивающей, обязывающей или запрещающей). Это особенно важно в случаях применения судом обычаев делового оборота, не зафиксированных в доступных изданиях, какими являются, например, своды обычаев морских портов¹. Эта мера во многом облегчила бы зада-

¹ Какими являются, в частности: Свод обычаев морского торгового порта Туапсе. Туапсе, 1999; Свод обычаев морских портов Темрюк и Кавказ. Темрюк, 2000.

чу других судов при разрешении аналогичных ситуаций и способствовала бы формированию и правильному применению обычаев делового оборота.

Условия применения арбитражными судами обычаев делового оборота

Чтобы правильно применить обычай делового оборота, суду недостаточно верно квалифицировать обычай и установить его содержание. Необходимо также соблюдение арбитражным судом условий применения обычаев делового оборота. Условия применения обычаев делового оборота — это обстоятельства, при наличии которых закон допускает применение обычаев делового оборота. В соответствии с п. 2 ст. 5 ГК РФ таких условий два. Обычай делового оборота может быть применен, если он:

во-первых, не противоречит обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства (в широком смысле этого слова);

во-вторых, не противоречит договору, заключенному между сторонами.

Условия применения обычаев делового оборота не следует смешивать с признаками обычая делового оборота. Если при отсутствии хотя бы одного из признаков должен следовать вывод, что нет обычая как такового, то отсутствие одного из условий его применения на факт наличия или отсутствия обычая не влияет. Отсюда следует, что возможна ситуация, когда установлено наличие обычая делового оборота, но он не может быть применен ввиду отсутствия условий его применения.

При определении вопроса о соблюдении первого из перечисленных условий применения обычаев делового оборота судам следует учитывать характер правовой нормы, которой противоречит обычай.

Если он противоречит императивной норме, то это обстоятельство следует признавать безусловным основанием для отказа в применении обычая делового оборота.

Если же выявленный обычай противоречит диспозитивной правовой норме, то одного этого обстоятельства уже недостаточно для решения вопроса о возможности его применения. Противоречие обычая диспозитивной норме не является препятствием для его применения в случаях, когда: 1) стороны предусмотрели в договоре условие, отличное от диспозитивной нормы; 2) стороны своим со-

глашением исключили действие диспозитивной нормы применительно к своим отношениям; 3) в соответствии с законом обычай делового оборота имеет приоритет перед диспозитивной нормой закона (например, в случае, предусмотренном п.2 ст. 459 ГК РФ). Во всех других случаях противоречие обычая делового оборота диспозитивной норме закона является препятствием для его применения.

При решении вопроса о соблюдении второго условия применения обычая делового оборота, согласно которому обычай не должен противоречить договору, судам следует учитывать, что своим соглашением стороны могут исключить действие договорного условия в пользу обычая делового оборота. Это может произойти и непосредственно в процессе судебного рассмотрения спора. Если же на применении обычая делового оборота, противоречащего договору, настаивает одна из сторон, в таком случае обычай не может быть применен. Так, в одном из дел Федеральный Арбитражный суд Северо-Западного округа обоснованно отклонил ссылку истца на обычай делового оборота, касающийся порядка внесения изменений в договор, указав на то, что «обычаи делового оборота не могут применяться в данном случае к правоотношениям сторон, поскольку порядок внесения изменений урегулирован договором» (дело № 56–763/98).

В настоящей статье кратко рассмотрены лишь основные проблемы применения арбитражными судами обычаев делового оборота. Очевидно, что суды нуждаются в официальных разъяснениях Высшего Арбитражного суда РФ по применению обычаев делового оборота, которые могли бы быть отражены в тематическом обзоре судебной практики, связанной с применением обычаев делового оборота, а затем и в соответствующем постановлении Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации.