

*Международный коммерческий арбитражный суд  
и Морская арбитражная комиссия  
при Торгово-промышленной палате Украины*

**МАТЕРИАЛЫ  
III Международных арбитражных  
чтений памяти академика  
Побирченко И.Г.**

**ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО  
В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ.  
ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ  
О ДОГОВОРАХ МЕЖДУНАРОДНОЙ  
КУПЛИ-ПРОДАЖИ ТОВАРОВ**

*13 ноября 2015 года*

**Киев • 2016**

**Материалы III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. «Применимое право в международном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров».** Сборник докладов. МКАС и МАК при ТПП Украины. — 2016, — 180 с.

В сборник вошли доклады и выступления участников III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г., которые прошли 13 ноября 2015 года в г. Киеве, Украина и были посвященными теме: *«Применимое право в международном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров».*

Рабочими языками Чтений были: украинский, русский и английский языки.

Доклады размещены согласно программе Чтений и изложены на том языке и в том виде, как их представили авторы. Для удобства читателей оглавление приведено на трех языках.

Сборник будет полезен практикующим юристам, судьям государственных и третейских судов, арбитрам международных арбитражных институтов, специалистам в сфере внешнеэкономической деятельности и международного арбитража, научным работникам, преподавателям и студентам юридических вузов.

## ОГЛАВЛЕНИЕ

Выступление Председателя Международного коммерческого арбитражного суда и Морской арбитражной комиссии при ТПП Украины <b>Селивона Николая</b> при открытии III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. ....	9
<b>Львов Богдан</b> (Украина). Усовершенствование национального законодательства в сфере международного коммерческого арбитража и третейского разбирательства споров в ходе судебной и конституционной реформы в Украине .....	11
<b>Кастеллани Лука Г. и Эмери Сирил</b> (Австрия) Три аспекта Венской Конвенции .....	17
<b>Чирич Александр</b> (Сербия). Ответственность сторон в режиме Венской конвенции вследствие нарушения обязательств по договору международной купли-продажи товаров .....	35
<b>Кравчук Геннадий</b> (Украина). Сфера применения Венской конвенции. Исключение применения Венской конвенции: правоприменительная практика (на украинском языке).....	49
<b>Тищенко Юлия</b> (Украина). Договор поставки как предмет регулирования Венской конвенции.....	58
<b>Храпуцкий Александр</b> (Беларусь). Препятствия к исполнению договора согласно Венской конвенции.....	60
<b>Кот Алексей</b> (Украина). Сравнительный анализ норм Венской конвенции и национального законодательства Украины .....	65
<b>Лещенко Дмитрий</b> (Украина). Отдельные нюансы правоприменения Венской конвенции с целью правовой защиты интересов покупателя .....	73
<b>Дроботова Татьяна</b> (Украина). Особенности определения убытков по Венской конвенции.....	77
<b>Черных Юлия</b> (Украина). Соотношение Венской конвенции и национального законодательства при исчислении убытков.....	84
<b>Анищенко Алексей</b> (Беларусь). Право на проценты по договорам международной купли-продажи товаров: судебная и арбитражная практика в Беларуси.....	88
<b>Гайдулин Александр</b> (Украина). Интерпретация применимого права европейскими арбитражами: разграничение базовых понятий .....	97
<b>Петров Ярослав</b> (Украина). Право, применяемое к определению правоспособности сторон арбитражного спора .....	106
<b>Пильков Константин</b> (Украина). Право, применяемое к вопросам доказывания .....	111

<b>Мальский Маркиян</b> (Украина). Особенности применения “ <i>ex aequo et bono</i> ” или “ <i>amiable compositeur</i> ” . . . . .	120
<b>Галущенко Герман</b> (Украина). Установление содержания иностранного права арбитражем. . . . .	131
<b>Криволапов Богдан</b> (Украина). Применение иностранного валютного законодательства в современной арбитражной практике . . . . .	137
<b>Семенов Игорь</b> (Украина). Применение материального права нескольких стран и концепция <i>dépeçage</i> . . . . .	141
<b>Смитюх Андрей</b> (Украина). О практике применения Принципов международных коммерческих договоров судами Украины . . . . .	144
<b>Крохмаль Владимир</b> (Украина). Применение императивных норм в арбитраже (тезисы доклада). . . . .	160
<b>Подцерковний Олег</b> (Украина). Соотношение диспозитивных и императивных норм в международном коммерческом праве с учетом Венской конвенции 1980 года. . . . .	167

## ЗМІСТ

Виступ Голови Міжнародного комерційного арбітражного суду і Морської арбітражної комісії при ТПП України <b>Селівона Миколи</b> при відкритті III Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка Побірченка І. Г. ....	9
<b>Львов Богдан</b> (Україна). Вдосконалення національного законодавства у сфері міжнародного арбітражу і третейського розгляду спорів у ході судової та конституційної реформ в Україні. ....	11
<b>Кастеллані Лука Г. і Эмері Сиріл</b> (Австрія) Три аспекти Віденської Конвенції. ....	17
<b>Чирич Олександр</b> (Сербія). Відповідальність сторін у режимі Віденської конвенції внаслідок порушення зобов'язань за договором міжнародної купівлі-продажу товарів. ....	35
<b>Кравчук Геннадій</b> (Україна). Сфера застосування Віденської конвенції. Виключення застосування Віденської конвенції: правозастосовна практика. ....	49
<b>Тищенко Юлія</b> (Україна). Договір поставки як предмет правового регулювання Віденської конвенції 1980 року (тези доповіді). ....	58
<b>Храпуцький Олександр</b> (Білорусь). Перешкоди виконання договору згідно Віденської конвенції. ....	60
<b>Кот Олексій</b> (Україна). Порівняльний аналіз норм Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів і Цивільного кодексу України. ....	65
<b>Лещенко Дмитро</b> (Україна). Окремі нюанси застосування Віденської конвенції з метою правового захисту інтересів покупця при укладенні договорів міжнародної купівлі-продажу. ....	73
<b>Дроботова Тетяна</b> (Україна). Особливості визначення збитків за Віденською конвенцією. Практика господарських судів. ....	77
<b>Черних Юлія</b> (Україна). Співвідношення Віденської конвенції і національного законодавства при обчисленні збитків. ....	84
<b>Аніщенко Олексій</b> (Білорусь). Право на проценти за договорами міжнародної купівлі-продажу товарів: судова і арбітражна практика в Білорусі. ....	88
<b>Гайдунін Олександр</b> (Україна). Інтерпретація застосовуваного права європейськими арбітражами: розмежування базових понять. ....	97
<b>Петров Ярослав</b> (Україна). Право, що застосовується до визначення правосуб'єктності сторін арбітражного спору. ....	106

<b>Пільков Костянтин</b> (Україна). Право, що застосовується до питань доказування .....	111
<b>Мальський Маркіян</b> (Україна). Особливості застосування принципів “ <i>ex aequo et bono</i> ” та “ <i>amiable compositeur</i> ” в міжнародному комерційному арбітражі .....	120
<b>Галущенко Герман</b> (Україна). Встановлення змісту іноземного права арбітражем .....	131
<b>Криволапов Богдан</b> (Україна). Застосування іноземного валютного законодавства в сучасній арбітражній практиці .....	137
<b>Семенов Ігор</b> (Україна). Застосування матеріального права декількох країн і концепція <i>dépeçage</i> .....	141
<b>Смітюх Андрій</b> (Україна). Про практику застосування Принципів міжнародних комерційних договорів судами України .....	144
<b>Крохмаль Володимир</b> (Україна). Застосування імперативних норм в арбітражі (тези доповіді) .....	160
<b>Подцерковний Олег</b> (Україна). Співвідношення диспозитивних та імперативних норм у міжнародному комерційному праві з урахуванням Віденської Конвенції 1980 року .....	167

## CONTENTS

Opening speech of <b>Mykola Selivon</b> , President of the International Commercial Arbitration Court and the Maritime Arbitration Commission at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, at the III International Arbitration Readings in Memory of Academician <b>Igor Pobirchenko</b> . . . . .	9
<b>Bohdan Lvov</b> (Ukraine). Improvement of National legislation in the field of international commercial arbitration and arbitration of disputes in the course of judicial and constitutional reform in Ukraine . . . . .	11
<b>Luca G. Castellani &amp; Cyril Emery</b> ( <i>Austria</i> ). The three dimensions of the CISG .	17
<b>Alexander Ćirić</b> ( <i>Serbia</i> ). Liability of the Parties to the Vienna Convention regime as a result of breaches of obligations under the contract of international sale of goods . . . . .	35
<b>Hennadii Kravchuk</b> ( <i>Ukraine</i> ). Scope of application of the Vienna Convention. Exclusion of application of the Vienna Convention: practice in application (in Ukrainian) . . . . .	49
<b>Yuliia Tyshchenko</b> ( <i>Ukraine</i> ). Delivery contract as a subject of regulation of the Vienna Convention . . . . .	58
<b>Alexandre Khrapoutski</b> ( <i>Belarus</i> ). Exemptions under the Vienna Convention. . .	60
<b>Oleksii Kot</b> ( <i>Ukraine</i> ). A comparative analysis of the Norms of the Vienna Convention and the National Ukrainian legislation. . . . .	65
<b>Dmytro Leshchenko</b> ( <i>Ukraine</i> ). Certain peculiarities of application of the Vienna Convention for the purpose of legal protection of the interests of the buyer . . . . .	73
<b>Tetiana Drobotova</b> ( <i>Ukraine</i> ). Specifics of determination of damages under the Vienna Convention . . . . .	77
<b>Yuliya Chernykh</b> ( <i>Ukraine</i> ). Application of the CISG and National law in determination of damages. . . . .	84
<b>Alexey Anischenko</b> ( <i>Belarus</i> ). The right to interest under the contracts for the international sale of goods: judicial and arbitration practice in Belarus. . . . .	88
<b>Oleksandr Gaidulin</b> ( <i>Ukraine</i> ). Interpretation of the applicable law in the spirit of arbitration: cross-cultural analysis . . . . .	97
<b>Yaroslav Petrov</b> ( <i>Ukraine</i> ). The law applicable to determination of legal capacity of arbitral proceedings parties . . . . .	106
<b>Kostiantyn Pilkov</b> ( <i>Ukraine</i> ). The law applicable to matters of evidence . . . . .	111
<b>Markian Malskyy</b> ( <i>Ukraine</i> ). Peculiarities of application of <i>ex aequo et bono</i> or <i>amiable compositeur</i> . . . . .	120

<b>Herman Galushchenko</b> ( <i>Ukraine</i> ). Establishing the content of foreign law by arbitration .....	131
<b>Bohdan Kryvolapov</b> ( <i>Ukraine</i> ). Application of the foreign monetary law in modern arbitration practice .....	137
<b>Igor Semenov</b> ( <i>Ukraine</i> ). Application of the substantive law of several countries and the concept of <i>dépeçage</i> .....	141
<b>Andrii Smitiukh</b> ( <i>Ukraine</i> ). On the practice of application of the Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT) by the Ukrainian courts ..	144
<b>Volodymyr Krokmal</b> ( <i>Ukraine</i> ). Internationally mandatory rules of law in the practice of international arbitration (theses of the report).....	160
<b>Oleg Podtserkovnyi</b> ( <i>Ukraine</i> ). Correlation of Non-mandatory and mandatory rules in international commercial law with regard to Vienna Convention (1980) .....	167



**ВИСТУП ГОЛОВИ  
МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖНОГО СУДУ  
І МОРСЬКОЇ АРБІТРАЖНОЇ КОМІСІЇ ПРИ ТПП УКРАЇНИ  
М.Ф. СЕЛІВОНА ПРИ ВІДКРИТТІ ІІІ МІЖНАРОДНИХ  
АРБІТРАЖНИХ ЧИТАНЬ ПАМ'ЯТІ І. Г. ПОБІРЧЕНКА**

*Шановні гості та учасники Читань!*

Ми зібрались традиційно уже втретє на осінню міжнародну конференцію, присвячену пам'яті академіка І. Г. Побірченка. Приємно, що Читання стають в Україні саме тим майданчиком, де обговорюються найважливіші питання функціонування міжнародного комерційного арбітражу, впливу держави на його розвиток. Про це говорить, зокрема, інформація секретаріату конференції. У залі присутні більше 200 учасників із Австрії, Білорусі, Німеччини, Польщі, Сербії, США, Швеції та України, серед яких представники академічної та вузівської науки, судової гілки влади, бізнесу, юридичних фірм, регіональних торгово-промислових палат, адвокати, які спеціалізуються в галузі зовнішньоекономічної діяльності та міжнародного арбітражу, арбітри МКАС і МАК при ТПП України, студенти юридичних вузів. Причому, розширюється географія представництва українських учасників. Наразі це з міст Вінниця, Львів, Одеса, Полтава, Херсон, Хмельницький, Київ.

Є декілька факторів, які обумовлюють особливий характер цих Читань.

По-перше, вони проходять за сприяння ЮНСІТРАЛ — основного органу ООН в галузі права міжнародної торгівлі, який спеціалізується в проведенні реформ комерційного права в усьому світі. Саме документи цієї Комісії, зокрема Типовий закон про зовнішньоекономічний арбітраж та Арбітражний регламент, стали основою національного арбітражного законодавства багатьох країн, в тому числі і в Україні. Підтримка Читань такої поважної організації свідчить про визнання України проарбітрабельною державою та про те, що арбітражні інститути при ТПП України отримали світове визнання. Про це свідчить також і підписання в рамках конференції Угоди про співробітництво між МКАС при ТПП України і авторитетним Віденським міжнародним центром Австрійської Федеральної Економічної палати. Вітаємо генерального секретаря цього Центру Манфреда Хайдера. Ми високо оцінюємо співпрацю з Віденським центром і Комісією ООН з права міжнародної торгівлі, з нетерпінням чекаємо виступів спеціального представника ЮНСІТРАЛ пана Сірика Емері та генерального секретаря Центру.

По-друге, у цьому році світова спільнота відзначає 35-річчя прийняття Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (Відень, 1980 рік), що широко використовується у сфері міжнародної торгівлі, а також у розгляді зовнішньоекономічних спорів як в міжнародному комерційному арбітражі, так і в державних судах. Тому організатори цьогорічних Читань присвятили їх надзвичайно актуальній темі: «Застосовуване право в міжнародному комерційному арбітражі. Практика застосування Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів».

Обрана тема дозволить учасникам Читань детально обговорити одне з головних питань арбітражного розгляду: яке право застосовувати при розгляді конкретної справи, і де межі свободи сторін і складу арбітражу у виборі права. А обговорення практики застосування Віденської конвенції, яка за минулі 35 років стала одним з найважливіших правових інструментів міжнародної торгівлі, викликало такий інтерес, що в програмі Читань їй буде присвячено більшу половину часу.

По-третє. Наша країна перебуває у фазі активної реформації багатьох сфер суспільного і державного буття. Це стосується і арбітражу. Арбітражні інститути при ТПП України схильні до змін, більше того, розроблена програма модернізації міжнародного комерційного арбітражу в Україні, яка передбачає вирішення трьох блоків питань: 1) створення проарбітражного клімату в державі шляхом вдосконалення законодавства, передусім, процесуального, в напрямку підтримки арбітражу, посилення виконання судами функцій сприяння арбітражу та формування у суспільстві відношення до арбітражу та інших способів альтернативного розгляду спорів як важливого інституту громадянського суспільства, який виконує соціально значимі функції; 2) впровадження нововведень світового арбітражу в Положення про МКАС і МАК при ТПП України та практику їх діяльності; 3) зміцнення матеріально-технічної бази шляхом впровадження, зокрема нових технологій проведення арбітражного процесу, нових засобів комунікації. Реалізація цих заходів, на нашу думку, підвищить привабливість української юрисдикції для суб'єктів підприємництва всього світу.

У Читаннях беруть участь високі державні очільники, заступник Глави Адміністрації Президента України, координатор Ради з питань судової реформи та секретар Конституційної комісії при Президентові України Олексій Філатов та перший заступник Міністра економічного розвитку і торгівлі України Юлія Коваль. Дякуючи їм за участь та користуючись нагодою, хочу привернути їх увагу та всіх присутніх на те, що міжнародний комерційний арбітраж є громадським інститутом, щодо якого держава має обмежені рамки впливу. Основні напрями впливу — законодавче закріплення основ організації і діяльності в Україні міжнародного комерційного арбітражу та виконання судами функцій сприяння та контролю щодо арбітражу. Тому надання вказівок і навіть рекомендацій і побажань під гаслами реформування з боку державних посадовців щодо внутрішньої побудови арбітражних інститутів, проведення арбітражного процесу, які інколи лунають, є такими, що не відповідають природі арбітражу.

Логічним завершенням розмови про реформаторські процеси в державі стане спеціальна доповідь Голови Вищого господарського суду України Богдана Львова «Вдосконалення національного законодавства у сфері міжнародного комерційного арбітражу і третейського розгляду справ у ході судової та конституційної реформи в Україні».

Бажаю плідних і конструктивних дискусій. Наразі запрошую наших високих гостей для вітальних слів.

# **ВДОСКОНАЛЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ І ТРЕТЕЙСЬКОГО РОЗГЛЯДУ СПОРІВ У ХОДІ СУДОВОЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМ В УКРАЇНІ**

*Львов Богдан (Україна)*

*Голова Вищого господарського суду України*

Одним із важливих напрямів сучасного державного розвитку є налагодження належних правових засобів із попередження та розв'язання різних конфліктів або спірних ситуацій, що виникають у суспільстві з приводу тих чи інших благ або є наслідком суперечності інтересів тих чи інших суб'єктів правових відносин.

Звичайно, що врегулювання даних питань потребує певних правових умов та чіткої організації. Правові механізми попередження юридичних конфліктів і суперечностей вимагають наявності та ефективного функціонування різноманітних способів їх розв'язання, включаючи альтернативні судовим процедури вирішення спорів.

Сьогодні, як ніколи, набули актуальності питання імплементації у судовий процес процедур арбітражу та медіації. Такі позасудові форми вирішення конфліктів, безперечно, дозволять розвантажити державні суди і полегшать суб'єктам господарювання їх діяльність. Тому і держава, в тому числі суди, і суспільство зацікавлені в розвитку та поширенні альтернативних способів вирішення спорів. Суб'єкти правовідносин, підприємництва (а не держава) повинні самостійно визначати і мати можливість обирати для себе найбільш ефективну, справедливу та економічну форму вирішення спору. Переконалий, це важливо для будь-якого бізнесу.

Відтак, не випадково, в Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленій Указом Президента України від 20 травня 2015 року №276, серед завдань і заходів, спрямованих на підвищення ефективності правосуддя та оптимізацію повноважень судів різних юрисдикцій, окремо наголошено на необхідності розширення способів альтернативного (позасудового) врегулювання спорів, зокрема, шляхом практичного впровадження інституту медіації і посередництва, розширення переліку категорій справ, які можуть вирішуватися третейськими суддями [1].

Тому наведені питання стали предметом обговорення під час розроблення відповідних законодавчих пропозицій, до того ж не лише у межах роботи Ради з питань судової реформи при Президентові України, що зараз опікується питаннями комплексного вдосконалення процесуального законодавства України, а й дискутувалися також у ході роботи членів Конституційної Комісії.

Зважаючи на важливість і необхідність підвищення рівня правового захисту та стимулювання суб'єктів правовідносин до вирішення правових спорів у межах досудових процедур, членами Конституційної Комісії напрацьова-

но відповідні пропозиції до статті 124 Конституції України [2]. Метою таких пропозицій є відкриття шляхів для більш широкого запровадження, як на законодавчому рівні, так і на практиці, альтернативних способів вирішення спорів. Пропонується навіть закріпити у Конституції України можливість передбачати в законі обов'язковий досудовий порядок вирішення певних спорів. Оновлення редакції статті 124 Конституції України повинно закласти підґрунтя подальшого законодавчого вирішення спірних питань, що неодноразово поставали у нормотворчості, правозастосовній практиці, досліджувалися Конституційним Судом України.

Позиція щодо стимулювання та заохочення використання суб'єктами правовідносин позасудових можливостей вирішення спорів і примирення, як відомо, викладена й у багатьох європейських рекомендаціях. Принципово ж важливою умовою у цьому є забезпечення гарантій доступу до правосуддя і реалізації права на справедливий судовий розгляд, передбачених статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, статтями 8, 55 Конституції України.

Міжнародний комерційний арбітраж як різновид третейського розгляду, що містить іноземний елемент, в сучасних умовах представляє собою основний і найбільш розповсюджений альтернативний спосіб вирішення спорів, що виникають між господарюючими суб'єктами під час здійснення ними зовнішньоекономічної діяльності, з усталеною практикою. Починаючи з кінця 1990-х років, у світі спостерігається стрімкий розвиток міжнародного інвестиційного арбітражу як способу вирішення міжнародних інвестиційних спорів, однією із сторін яких є держава. Знання основних правил і принципів діяльності міжнародного комерційного арбітражу, міжнародного інвестиційного арбітражу є необхідною передумовою успішної діяльності українських суб'єктів господарювання на міжнародних ринках.

Свого часу необхідність створення в Україні інституту міжнародного комерційного арбітражу виникла з набуттям Україною незалежності та створенням умов, за яких підприємства незалежно від їх приналежності до державного або приватного сектору, організаційної форми, сфери діяльності, отримали можливість брати активну участь у міжнародному економічному співробітництві. На теперішній час участь національних підприємств у такому співробітництві та взагалі покращення інвестиційної привабливості України є особливо актуальними з огляду на підписання і ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Цією Угодою передбачено захист прав і законних інтересів учасників правовідносин у різних галузях підприємницької (господарської) діяльності, інтелектуальної власності, конкуренції, торгівельних відносин тощо, окремо акцентовано увагу на гарантіях забезпечення захисту їх учасників [3].

Загальновідомо, що міжнародний комерційний арбітраж забезпечує оперативне, об'єктивне та компетентне вирішення суперечок і розбіжностей, що виникають у процесі здійснення міжнародного економічного співробітництва. Спостерігається тенденція до зростання його популярності. Зокрема, за

інформацією Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України за наслідками минулорічної роботи кількість звернень до арбітражу суттєво зросла [4].

З огляду на реформи, що зараз тривають в Україні, тенденцію до подальшого послідовного оновлення національного процесуального законодавства, вдосконалення, зокрема, законодавства у сфері міжнародного арбітражу та третейського розгляду спорів видається актуальним і своєчасним.

В Україні існує дуалізм у правовому регулюванні третейського розгляду у зв'язку з наявністю двох законів («Про третейські суди» та «Про міжнародний комерційний арбітраж»), якими встановлено різний правовий режим регулювання для внутрішнього третейського розгляду та міжнародного комерційного арбітражу, та певні неузгодженості між Цивільним і Господарським процесуальними кодексами України.

У науковому середовищі висловлюються часто протилежні погляди щодо вдосконалення законодавства у цій сфері: від необхідності об'єднання законів в один з метою уніфікації правового регулювання інститутів третейського розгляду спорів до доцільності збереження двох законів, насамперед через побоювання, що спроби їх об'єднання можуть призвести до суто технічного об'єднання без врахування специфіки змісту та призначення третейського та арбітражного розглядів [5, с. 12]. Втім, незалежно від шляхів вдосконалення правового регулювання, специфіка арбітражної процедури, яка застосовується під час вирішення зовнішньоекономічних спорів, має враховуватись.

У будь-якому разі держава не може і не повинна залишатися осторонь здійснення як третейськими судами, так і міжнародним комерційним арбітражем юрисдикційної діяльності, що стосується прав та інтересів її фізичних і юридичних осіб. Держава покладає на свої органи — суди — відповідні контрольні повноваження за такою юрисдикційною діяльністю та її результатом — арбітражним або третейським рішенням, а також функцію сприяння третейському (арбітражному) розгляду. Відповідно, передбачене Конституцією України право на судовий захист під час третейського або арбітражного розгляду реалізується через судовий контроль за відповідним рішенням третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, що здійснюється судом за зверненням зацікавленої сторони стосовно оспорування їх рішення або забезпечення їх примусового виконання.

Стосовно ж міжнародного комерційного арбітражу, останніми роками у вітчизняній науковій доктрині найчастіше порушуються питання щодо вдосконалення механізмів взаємодії судової влади та арбітражу, в тому числі відносно виконання державними судами функцій сприяння арбітражу, насамперед, щодо звернення до виконання забезпечувальних заходів, застосованих арбітрами [6; 7; 8; 9].

Водночас, на нашу думку, принциповим залишається питання підвідомчості справ, пов'язаних з реалізацією функцій сприяння державного судочинства

арбітражному розгляду. Тому для нас ключовим у вдосконаленні законодавства про міжнародний комерційний арбітраж є віднесення розгляду цієї категорії справ до підвідомчості господарських судів.

Наразі в Україні визнання і виконання іноземних арбітражних рішень залишається в межах юрисдикції місцевих загальних судів (стаття 6 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [10], частина четверта статті 15 Цивільного процесуального кодексу України [11]). Господарські ж суди не наділені повноваженнями з розгляду справ, що стосуються рішень міжнародних комерційних арбітражів.

Разом з тим, відповідно до положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», до арбітражу можуть передаватися спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України [10].

Враховуючи визначену Законом компетенцію міжнародного комерційного арбітражу, а також беручи до уваги юрисдикцію господарських судів з розгляду справ у господарській (економічній) сфері, передбачену статтею 22 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [12] та статтею 12 Господарського процесуального кодексу України [13], усі спори, що виступають предметом розгляду міжнародного комерційного арбітражу, за своєю правовою природою є господарськими. Тому цілком логічним вбачається ініціювання законодавчого розгляду питання щодо віднесення зазначеної категорії справ до господарського судочинства.

Варто звернути увагу й на те, що учасниками II Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І. Г. Побірченка (13 листопада 2014 року) зауважували, що загальні суди першої інстанції подекуди не завжди враховують особливості міжнародних зобов'язань України та специфіку арбітражу. У зв'язку з цим у Резолюції, ухваленій за результатами виступів та обговорень II Міжнародних арбітражних читань, запропоновано вирішити питання щодо передачі розгляду зазначених категорій справ до підсудності судів апеляційного рівня, що відповідає міжнародній практиці [14].

Дійсно, така світова практика існує (наприклад, див. статтю 1062 Цивільного процесуального кодексу ФРН [15]). Тож питання інстанційності розгляду справ, пов'язаних з рішеннями міжнародного комерційного арбітражу, можуть бути предметом обговорення та дискусії. Проте, на наш погляд, реалізація такої пропозиції є дещо передчасною.

Перш за все, слід було б вирішити питання про передачу справ цієї категорії на розгляд спеціалізованих — господарських — судів, навіть місцевого рівня. Переконали, що спеціалізований розгляд цих справ зняв би чимало проблем, які виникали у загальних судах. Адже за час свого існування господарські суди



zareкомендували себе як ланка, що найбільше відповідає принципам професійного спеціалізованого судочинства. Господарськими судами забезпечується оперативний захист прав та законних інтересів суб'єктів господарювання, що пов'язано зі швидкістю економічного обігу, убезпеченням від затягування вирішення спорів через загрози чималих витрат як для суб'єктів господарювання, так і для держави в цілому.

Пропозиції щодо зміни підвідомчості розгляду справ даної категорії обговорюються наразі у Раді з питань судової реформи при Президентові України, зокрема, за ініціативою представників Вищого господарського суду України, у ході роботи над оновленням Господарського процесуального кодексу України.

Одночасно може ініціюватися вирішення інших проблемних питань щодо підтримки і сприяння арбітражу державними судами, які обговорювалися, зокрема, під час минулорічних II Міжнародних арбітражних читань.

Після впровадження зазначених новацій до господарського процесуального законодавства надалі може ініціюватися вдосконалення Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» в частині імплементації ряду положень Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж у редакції 2006 року [16], про які йдеться, зокрема, у Резолюції II Міжнародних арбітражних читань: уточнення поняття арбітражної угоди, регламентація порядку примусового виконання забезпечувальних заходів, що вживаються міжнародним арбітражем, а також порядку вжиття забезпечувальних заходів на підтримку арбітражу державними судами.

Дійсно, і Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (стаття 9), і Типовий закон ЮНСІТРАЛ передбачають право сторін арбітражного розгляду звернутися до державного суду з проханням про вжиття забезпечувальних заходів до або під час арбітражного розгляду з метою забезпечення виконання арбітражного рішення у майбутньому. Право сторін звернутися до суду з проханням про вжиття забезпечувальних заходів застосовується до арбітражного розгляду, який відбувається як на території України, так і за кордоном.

Проте, національне процесуальне законодавство не містить механізму реалізації такого права, відтак, цілком логічно, що на практиці часто виникають складнощі із примусовим виконанням забезпечувальних заходів, застосованих арбітрами в межах відповідного арбітражного розгляду.

На наш погляд, розроблення відповідних змін до процесуального законодавства з метою запровадження процедури сприяння суду щодо звернення до виконання забезпечувальних заходів арбітражу та вжиття забезпечувальних заходів на підтримку арбітражному розгляду цілком можливе. Тим більше, сучасний розвиток законотворчості свідчить про поступове впровадження механізмів судового контролю за досудовими чи позасудовими процедурами (наприклад, під час досудової санації боржника).

Звичайно, на підставі змін у законодавстві відповідним чином коригуватиметься і судова практика.

### **Використані матеріали**

1. Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схвалена Указом Президента України від 20.05.2015 №276 // Урядовий кур'єр. — 26.05.2015. — №92.
2. Пропозиції Робочої групи з питань правосуддя щодо внесення змін до Конституції України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.constitution.gov.ua/work/item/id/17>.
3. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](http://www.zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011).
4. Статистика МКАС при ТПП України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://arb.ucci.org.ua/icas/ru/report.html>.
5. *Винокурова Л.Ф.* Щодо розвитку правової доктрини третейського розгляду в Україні // *Право України*. — 2014. — №12. — С. 11–26.
6. *Притика Ю.Д.* Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі // *Право України*. — 2011. — №1. — С. 139–149.
7. *Цират Г.А.* Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже: состояние и перспективы регулирования // *Leges si viata*. — 2014. — №3/3. — С. 200–203.
8. *Мальський М., Богуцький А.* Арбітраж: Невиконане завдання // *Український юрист*. — 2013. — №01–02 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.jurist.ua/?article/301>.
9. *Кравцов С.О.* Формування складу арбітрів, забезпечувальні заходи, отримання, збереження та забезпечення доказів у міжнародному комерційному арбітражі // *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. — 2013. — №3. — С. 160–168.
10. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.
11. Цивільний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.
12. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.
13. Господарський процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.
14. Резолюція II Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка Побірченка І. Г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://arb.ucci.org.ua/icas/docs>.
15. Гражданский процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.dis-ab.de>.
16. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж у редакції 2006 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.uncitral.org>.



## THE THREE DIMENSIONS OF THE CISG LUCA G. CASTELLANI & CYRIL EMERY<sup>1</sup>

### *Background*

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 (the “CISG”)<sup>2</sup> represents one of the pillars of uniform international trade law. The CISG is a major outcome of the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), which is the core body in the United Nations system for the preparation and promotion of uniform commercial law texts. UNCITRAL was instrumental in finalising the text of the CISG and administers that treaty, including by promoting the broader adoption of the CISG, its effective use and its uniform interpretation. The CISG is one of the UNCITRAL core treaties whose universal adoption is encouraged in light of their importance for international trade and of the broad participation already achieved.

In 2015, UNCITRAL organised a series of events to take stock of trends in the application of the CISG thirty-five years after its adoption.<sup>3</sup> The continuing ability of commercial law treaties to discharge their functions is a matter seldom explored. The Hague-Visby Rules<sup>4</sup> provide an example of a treaty that, with adjustments, is about to celebrate its first century maintaining central relevance for commercial operators. The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the “New York Convention”)<sup>5</sup> is nearing its sixtieth anniversary as a cornerstone of international trade law. There are a number of reasons for the enduring success of those treaties, including the quality of the text, both in scope and content; States’ broad support and wide business acceptance and use; and the significant and constant contribution of case law and academics in clarifying the application of the text and extending it to new scenarios and practices.

Absent a scientific formula to measure the lifespan of a treaty, it may be useful to carry out an empirical survey. Hence, the decision of UNCITRAL was particularly timely and welcome as it allowed for an assessment of the status of the CISG. It also provided an opportunity to discuss current and possible future trends in the area of international sales law.

---

<sup>1</sup> Legal Officers, UNCITRAL Secretariat, Vienna (Austria). The views expressed herein are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the United Nations. This paper substantially reproduces, with only minor variations and contributions by Cyril Emery, a paper given by Luca G. Castellani at II Congreso Iberoamericano de Derecho Internacional de los Negocios: “360° de la compraventa internacional de mercaderías” — 35 años de la Convención de Viena —, organized by UNCITRAL, the Government of Colombia and the Universidad Externado and held in Bogotá on 19 and 20 October 2015, and which will be published in the proceedings of that conference.

<sup>2</sup> UNITED NATIONS. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Treaty Series. 1988, 1489, 58-78. ISSN 0379-8267.

<sup>3</sup> UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Thirty-five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives. New York: United Nations, 2015.

<sup>4</sup> LEAGUE OF NATIONS. International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading. Treaty Series. 1931, 120, 125-139; UNITED NATIONS. Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading. Treaty Series. 1985, 1412, 128-133. ISSN 0379-8267.

<sup>5</sup> UNITED NATIONS. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Treaty Series. 1959, 330, 38-48. ISSN 0379-8267.

The results of this survey have highlighted three dimensions of the CISG. The first dimension relates to the use of the CISG as a treaty that is the centrepiece in a system of complementary treaties and other legal texts. The second dimension refers to the use of the CISG as a model law inspiring regional and domestic law reform not only in the field of sale of goods but, more broadly, in the field of general contract law. The third dimension refers to the use of the CISG as neutral a-national law both in arbitral proceedings and in litigation in State courts specialised in providing legal services in support of international trade. These three dimensions are not independent, but mutually reinforcing.

### **The CISG as a treaty**

#### *Promoting adoption by States*

The promotion of the adoption and use of uniform texts, including those prepared by UNCITRAL, relies on the assumption that uniform legislation encourages cross-border trade by lowering transaction costs relating to the identification of the applicable law and of its content. Those transaction costs may arise both during the management of the contractual relation and during dispute resolution. In turn, trade contributes to economic development and, in particular, fosters joint economic interests and mutual trust with an overall positive effect on social stability.

Formal adoption of the CISG by States is an important indicator of its relevance. It also signals the desire of the adopting State to offer modern uniform default rules for contracts for the international sale of goods. In that respect, it should be stressed that, while the CISG does not have a hegemonic nature and therefore may be opted out partially or totally, its fundamental legacy, the upholding of the principle of freedom of contract, remains even in case of total disapplication. Therefore, opting out does not affect the importance of formal adoption of the CISG by States.

In light of the importance of on-going regional economic integration processes, the relation between uniform law and regional texts should not be overlooked. One effect of regional economic integration agreements is to lower regulatory barriers to cross-border trade. However, this does not suffice to create an enabling legal environment. Hence, regional economic integration organisations also seek a mandate to prepare laws fostering the establishment of a common market. However, the development of a dedicated set of regional laws is not the only approach possible to create a legal environment supporting economic integration. The CISG may well complement regional trade agreements, too.

The advantages of using the CISG in that context include avoiding duplication of legislative work and simultaneously supporting both regional and global integration, as the CISG may operate on both planes, thus maximising the impact of the harmonisation process. Those benefits are evident in the Americas, where the vast majority of the States parties to NAFTA, CAFTA-DR and MERCOSUR have adopted the CISG, highlighting a trend towards the increasing use of global texts in support of regional economic integration.<sup>6</sup> However, that trend has not discouraged suggestions for re-

---

<sup>6</sup> The status seems to indicate an improvement over time. For an earlier assessment, see HINESTROSA, Fernando. Harmonisation of sales law in the Americas and regional economic integration: a cautious appraisal. *Uniform law review*. 2003, 8 (1-2), 211-218. ISSN 1124-3694. Available from: doi:10.1093/ulr/8.1-2.211.

gional uniform laws.<sup>7</sup> ASEAN member States are considering following the same path.<sup>8</sup> Contractual agreements may accommodate special needs when regional and business sector-specific customs and practices do not suffice.

The CISG is widely adopted in large economies with significant capacity in the field of international trade law. In recent years, accessions by Brazil, Japan and Turkey have added additional major trade players to the CISG family. A few large economies are still missing, such as India, Indonesia, Iran, Thailand and the United Kingdom. Some of those States are considering adoption of the CISG. Other recent accessions, such as that of Bahrain, open new perspectives in regions where the CISG has not yet set a firm foot.

However, the yearly rate of CISG adoption by States has been decreasing over time and is modest when compared with the rate of adoption of certain treaties not related to international trade law. Several reasons may explain this: limited visibility of international trade law on the law reform agenda; limited expertise, especially in developing countries, leading to insufficient awareness of the benefits associated with the adoption and use of the CISG; scarce resources of the UNCITRAL secretariat and conflicting priorities in its work agenda; etc. All of those reasons point at the need of further promoting the adoption of the Convention, especially in developing and least developed countries, and of allocating resources accordingly.

Promoting the adoption of the CISG by States is only the first step in the promotion of the use of the CISG. It is necessary to reach out to merchants and their legal counsels to ensure actual and effective use of the Convention, including by suggesting choosing the CISG as applicable law or otherwise incorporating it in the contract when the CISG is not applicable under its own terms. The provisions of the CISG need to be explained in detail to ensure effective contract management and uniform outcome of dispute resolution. Several commercial and non-commercial initiatives aim at that goal. The UNCITRAL secretariat regularly updates the Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT) database and the “UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, both available in six languages. Those tools are of fundamental importance when building CISG-related capacity since they are essential in promoting the uniform interpretation of the CISG, as mandated under its article 7, paragraph 1.

Recently, the Commission asked for periodic reports on promotional and capacity-building activities aimed at supporting the Convention’s implementation, with a view to seeking strategic guidance on those activities. This new mandate may lead to further initiatives in support of CISG implementation.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> MOMBERG, Rodrigo. Harmonization of contract law in Latin America: past and present initiatives. *Uniform law review*. 2014, 19(3), 411–428. ISSN 1124–3694. Available from: doi:10.1093/ulr/unu020.

<sup>8</sup> For additional considerations, see ZELLER, Bruno. Facilitating regional integration: ASEAN, ATIGA and the CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg and Lisa SPAGNOLO, eds. *Towards uniformity. The 2nd annual MAA Schlechtriem CISG conference*. The Hague: Eleven International Publishing, 2011, pp. 255–267.

<sup>9</sup> UNITED NATIONS. Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement No17. Report of the United Nations Commission on International Trade Law Forty-eighth Session (29 June–16 July 2015) (A/70/17), para. 334.

### *Review of existing declarations*

A specific aspect of the promotional activities related to the CISG relates to the review of its declarations.<sup>10</sup> Under article 19 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties,<sup>11</sup> reservations to treaties are legitimate when not prohibited, or permitted, or compatible with the object and purpose of the treaty. Article 98 CISG follows that approach.<sup>12</sup> However, the effect of those reservations is to modify the scope of application of the treaty, thus reducing uniformity.<sup>13</sup>

While about one-quarter of the State parties to the CISG have lodged declarations, not all permissible declarations to the CISG have known the same success, and not all seem equally relevant today. Most of the declarations lodged, including that of Ukraine, relate to the written form requirement for the contract (articles 11, 12 and 96 CISG) and to the inapplicability of the CISG “when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State” (articles 1(1)(b) and 95 CISG).

The system of declarations set forth in the CISG may seem unnecessarily complex in light of the prevalence of the principle of party autonomy, which allows parties to opt out of or vary any provision of the CISG except for the written form requirement. Questions may arise as to the usefulness and desirability of adding further details to a framework that parties may modify at will. The reasons behind the system of declarations adopted in the CISG may be appreciated in light of its genealogy, which includes the final clauses of the Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, 1964 (ULF)<sup>14</sup> and of the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, 1964 (ULIS)<sup>15</sup> and those of the Convention on the Limitation Period in Contracts for the International Sale of Goods (the “Limitation Convention”).<sup>16</sup> It may also be interesting to consider how those final clauses further developed in subsequent commercial law treaties, namely, in the United Nations Convention on the Use of Electronic

---

<sup>10</sup> SCHROETER, Ulrich G. The withdrawal of reservations under uniform private law conventions. *Uniform law review*. 2015, 20(1), 1–18. ISSN 1124–3694. Available from: doi:10.1093/ulr/unv007.

<sup>11</sup> UNITED NATIONS. Vienna Convention on the Law of the Treaties. Treaty Series. 1980, 1155, 332–353. ISSN 0379–8267.

<sup>12</sup> Literally, article 98 CISG refers to «reservations» while other CISG articles, such as articles 93 and 97, refer to «declarations». The difference in terminology may reflect the desire to avoid certain consequences attached to the full application of the public international law relating to reservations.

<sup>13</sup> In this sense, see already FLECHTNER Harry M. The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1). *Journal of Law and Commerce*. 1998, 17, 187–217, at 192 ff. ISSN 0733–2491.

<sup>14</sup> UNITED NATIONS. Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods. Treaty Series. 1972, 834, 169–191. ISSN 0379–8267.

<sup>15</sup> UNITED NATIONS. Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods. Treaty Series. 1972, 834, 108–165. ISSN 0379–8267.

<sup>16</sup> Concluded in 1974 and amended in 1980: UNITED NATIONS. Convention on the Limitation Period in Contracts for the International Sale of Goods. Treaty Series. 1988, 1511, 4–11. ISSN 0379–8267; UNITED NATIONS. Protocol Amending the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. Treaty Series. 1988, 1511, 86–88. ISSN 0379–8267.

Communications in International Contracts (the “Electronic Communications Convention” or “e-CC”).<sup>17</sup>

States should review periodically reservations and declarations to treaties in order to ensure that they maintain relevance and desirability in light of changes in their social and economic systems.<sup>18</sup> The UNCITRAL secretariat has taken a proactive stance on the issue after learning of the decision of Nordic countries to withdraw their declarations excluding the application of Part II CISG to contracts concluded between parties with places of business respectively inside and outside Nordic States.<sup>19</sup>

The main purpose of the review exercise is to ensure that the CISG is applied efficiently, i.e. with the declarations most suitable in light of the economic and legal features of the jurisdiction in question. Moreover, the withdrawal of a declaration may validate liberal interpretative trends that, formally, violate existing declarations.<sup>20</sup> Last, but not least, newly acceding States tend to follow precedents when lodging declarations: thus, a reduction in the number of existing declarations may decrease future declarations.

The review has been useful in highlighting certain aspects of the CISG. Both the “written form” requirement and the avoidance of the application of article 1(1)(b) CISG originate from requests of Socialist countries. The written form declaration was introduced to ensure the correct implementation of central plans in Socialist economies, as concerns were raised that a Socialist economic entity could find itself bound by an international contract for sale of goods concluded orally in spite of the fact that the contract had not been foreseen in the plan. The declaration excluding the application of article 1(1)(b) CISG was introduced in order to promote the application of special legislation for foreign trade enacted in Socialist countries, which might have been neglected or circumvented by using private international law rules.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> UNITED NATIONS. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts Treaty Series. Registration NoI-50525 (treaty entered in force on 1 March 2013, publication forthcoming).

<sup>18</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Guide to Practice on Reservations to Treaties, Yearbook of the International Law Commission. 2011, II, Two, sub 2.5.3. New York: United Nations, 2011.

<sup>19</sup> Denmark, Finland, Norway and Sweden have eventually done so, while Iceland did not exclude the application of Part II of the CISG with respect to parties with place of business in Non-Nordic States.

In general, on the reasons for the withdrawal, see KLEINEMAN J., ed. CISG Part II Conference: Stockholm, September 4–5, 2008. Stockholm: Jure Bokhandel, 2009. For more details on the withdrawal process, see EUMANN Thomas. The Continued Saga of the CISG in the Nordic Countries: Reservations and Transformation Reconsidered. Nordic Journal of Commercial Law [online]. 2013, No1. ISSN 1459-9686. See also the relevant materials in EUMANN Thomas, ed. Audiovisual Conference Book. CISG Nordic, 2014 [viewed 14 November 2014]. Available from: [www.cisgnordic.net/conferencebook.shtml](http://www.cisgnordic.net/conferencebook.shtml).

<sup>20</sup> For instance, upon accession to the CISG Lithuania maintained the written form requirement for contracts for the international sale of goods previously mandated by the Soviet Union, but in at least one reported case the court did not interpret and apply the written form requirement: LIETUVOS APELIACINIS TEISMAS, 27 March 2000, in Recueil Dalloz, Cahier Droit des Affaires, October 2003, 34, 2369. ISSN: 1298-728X.

<sup>21</sup> The declaration lodged by Germany is also relevant: “The Government of the Federal Republic of Germany holds the view that Parties to the Convention that have made a declaration under article 95 of the Convention are not considered Contracting States within the meaning of subparagraph (1) (b) of article 1 of the Convention. Accordingly, there is no obligation to apply — and the Federal Republic of Germany assumes no obligation to apply — this provision when the rules of private international law lead to the application of the law of a Party that has made a declaration to the effect that it will not be bound by subparagraph (1) (b) of article 1 of the Convention. Subject to this observation the Government of the Federal Republic of Germany makes no declaration under article 95 of the Convention.” It should be noted that other States parties to the CISG have not deemed this declaration in breach of article 98 CISG.

When joining the European Union, several Central and Eastern European States opted out of the Socialist economic model. However, those States, except Estonia, did not review their CISG declarations accordingly.

Other considerations relate to the evolution of business practice and, in particular, the impact of new technologies. For instance, the need to establish full functional equivalence between electronic and written form may not have been fully foreseen in the terms currently understood at the time of finalization of the CISG.

States have reacted positively to the debate on the withdrawal of existing declarations. In the European Union, Latvia, Lithuania and Hungary followed Estonia in withdrawing the written form declaration. When Hungary's withdrawal goes into effect on 1 February 2016 only Ukraine will continue with a written form declaration among those countries that are current EU member States, current EU candidates (Albania, Montenegro, Serbia, the former Yugoslav Republic of Macedonia, and Turkey)<sup>22</sup> or other UN Member States identified as potential EU candidates (Bosnia and Herzegovina,<sup>23</sup> Georgia, Republic of Moldova, and Ukraine<sup>24</sup>). Outside Europe, China has also withdrawn its written form declaration, noting that domestic Chinese sales law does not contain such requirement.<sup>25</sup> That said, it is likely that the written form declaration will remain in force in certain jurisdictions and that additional State parties will lodge that declaration in the future.<sup>26</sup>

Nordic countries have fully implemented their decision to withdraw their article 92 CISG declarations and to extend their article 94 CISG declarations to the formation of the contract so as to preserve the application of a uniform Nordic contract law to parties with places of business in Nordic countries. As a result, no State is now excluding the application of Part II or Part III CISG. Nordic States were the original proponents of the article 92 CISG declaration.

The declaration excluding the application of the CISG under its article 1(1)(b) may lose importance as more States adopt the treaty. However, as the CISG is still far from universal acceptance, the relevance of that declaration is not going to disappear in the near future. It would be welcome if large trading States such as China, Singapore and the United States of America, could consider withdrawing their declarations for

---

<sup>22</sup> See [ec.europa.eu/economy\\_finance/international/non\\_eu/candidate/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/international/non_eu/candidate/index_en.htm).

<sup>23</sup> See [ec.europa.eu/enlargement/countries/detailed-country-information/bosnia-herzegovina/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/countries/detailed-country-information/bosnia-herzegovina/index_en.htm).

<sup>24</sup> See European Parliament Resolution of 17 July 2014 on Ukraine (2014/2717(RSP)), at para. 33 (mentioning Georgia, Republic of Moldova, and Ukraine). Available from: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2014-0009](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2014-0009).

<sup>25</sup> DING, Ding. China and CISG. In Michael WILL, ed. *CISG and China Theory and Practice: an Intercontinental Exchange*. Geneva: Faculté de droit, 1999, pp. 25–37, at 34; WANG Xiaolin and Camilla BAASCH ANDERSEN. The Chinese declaration against oral contracts under the CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* 2004, 8, 145–164. ISSN 1439–9741. See also MOFCOM, China contract law and CISG become more consistent in provisions on contract form and their applicability, 25 February 2013. [viewed 29 December 2015]. Available from: [english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/201302/20130200038302.shtml](http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/201302/20130200038302.shtml).

<sup>26</sup> Viet Nam has done so.



the sake of legal uniformity and of preventing imitation.<sup>27</sup> In fact, those States usually support the broader use of uniform law and other States often regard them as models.

### *Revival of complementary texts*

The work of UNCITRAL in the field of sale of goods is not limited to the CISG. In fact, the CISG should dynamically interact with other UNCITRAL treaties, namely the Limitation Convention and the Electronic Communications Convention. Relevant non-legislative UNCITRAL texts include the Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance (1983)<sup>28</sup> and the UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions (1992).<sup>29</sup>

#### *a) The Limitation Convention*

The first outcome of the work of UNCITRAL in the field of international sale of goods is the Limitation Convention, which functionally forms part of the CISG, but was adopted in 1974 as a separate treaty due to uncertainty on the timing of the finalization of the CISG. With the adoption of the CISG in 1980, the Limitation Convention was amended by a Protocol to harmonize its text with that of the CISG, in particular with regard to scope of application and admissible declarations.

The Limitation Convention establishes uniform rules governing the period of time within which a party under a contract for the international sale of goods must commence legal proceedings to assert a claim arising from the contract, or relating to its breach, termination, or validity. By doing so, it brings clarity and predictability to an aspect of great importance for the adjudication of the claim.<sup>30</sup>

Although the two treaties clearly complement each other, the Limitation Convention with 29 State parties has not been as successful as the CISG in terms of State adoption. Several reasons may explain this: lack of resources, including parliamentary time, may suggest prioritizing the adoption of the CISG over that of the Limitation

---

<sup>27</sup> With respect to Singapore, see BELL Gary F. Why Singapore Should Withdraw Its Reservation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Singapore Year Book of International Law. 2005, 9, 55–73. ISSN 1793–0448.

In the United States, the New York State Bar Association (NYSBA) adopted a recommendation in this sense: NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION. *Final Report of the New York State Bar Association's Task Force on New York Law in International Matters* New York: NYSBA, 2011, at p. 82. Different views were heard at the Advisory Council on Private International Law of the US Department of State: see WINSHIP, Peter. Should The United States Withdraw its CISG Article 95 Declaration? and its Appendix 1: Letter from Harry Flechtner to Keith Loken (30 January 2012), on file with author.

<sup>28</sup> UNITED NATIONS. *Official Records of the General Assembly, Thirty-eighth Session, Supplement No 17 (A/38/17)*, annex I; UNCITRAL. *Yearbook*. 1983, XIV, 3, annex II, sect. A (p. 272).

<sup>29</sup> UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Legal Guide on International Countertrade Transactions*. New York: United Nations, 1993. United Nations publication, Sales NoE. 93.V.7 (A/CN.9/SER.B/3).

<sup>30</sup> Selected articles on the Limitation Convention include: BOELE-WOELKI, Katharina. The limitation of rights and actions in the international sale of goods. *Uniform law review*. 1999, 4, 621–648. ISSN 1124-3694. Available from: doi:10.1093/ulr/4.3.621; HILL, Anita F. A comparative study of the United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods and Section 2–725 of the Uniform Commercial Code. *Texas International Law Journal*. 1990, 25(1), 1–22. ISSN 0163-7479. See also ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2002. Moreover, the provisions of the Limitation Convention are commented on in SCHLECHTRIEM, Peter and Ingeborg SCHWENZER, eds. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 1215–1270.

Convention.<sup>31</sup> Moreover, limitation may be associated with public policy issues, and legislators may be more prudent when adopting uniform texts in this field. Finally, at the outset, the Limitation Convention was perceived as favorable to the interests of Socialist countries and as such was received with caution in Western and Central Europe. The adoption of the Limitation Convention by some capitalist countries, including the United States of America, did not affect this view.<sup>32</sup>

In balance, the Limitation Convention has achieved relevance in certain regions such as Central America and Eastern Europe. In Eastern Europe, the Limitation Convention is in force across a large geographically contiguous area composed of 12 States and including Ukraine.<sup>33</sup> Case law on the Convention is available in the CLOUT database and includes a Ukrainian case.<sup>34</sup> An analysis of Limitation Convention case law in general highlights the practical importance of the Limitation Convention and provides guidance on its interpretation.<sup>35</sup> Judges find it a useful text and sometimes extend its application to cases that may not fall in its immediate scope. An aspect of special interest pertains to the fact that many reported cases refer to commercial relations that were interrupted due to the war in the Balkans. Due to the length of that interruption, limitation issues are often raised in commercial disputes. This example highlights how the Limitation Convention may play an important role in bringing legal clarity and predictability in post-conflict scenarios and may therefore provide a special contribution to mending and rebuilding regional commercial networks.

#### *b) The Electronic Communications Convention*

The immediate, ubiquitous and pervasive availability of information and communication technologies is a prominent feature of globalization. Electronic means offer significant benefits in terms of speed, reliability and effectiveness of communication. Some traditional legal notions, including private international law ones, do not find easy application in a permanently connected borderless world.

The Electronic Communications Convention aims at fulfilling several goals related to facilitating the use of electronic means in cross-border trade.<sup>36</sup> One of those goals is

---

<sup>31</sup> SONO, Kazuaki. The Limitation Convention: the forerunner to establish UNCITRAL's credibility. *Pace international law review*. 2004, 16, 147–164. ISSN 1553-78. Available from: [digitalcommons.pace.edu/pilr/vol16/iss1/6](http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol16/iss1/6).

<sup>32</sup> However, the United States ratified the Limitation Convention only twenty years after the conclusion of that treaty.

<sup>33</sup> The 12 States are Belarus, Bosnia and Herzegovina, Czech Republic, Hungary, Montenegro, Republic of Moldova, Romania, Poland, Serbia, Slovakia, Slovenia, and Ukraine.

<sup>34</sup> LLC Horizont Marketing-Finance-Logistika v. LLC Terkyrii-2 (case # 2009/17/140-3571 (9/56-1492)) (High Commercial Court of Ukraine). Available in Ukrainian from: [www.reyestr.court.gov.ua/Review/7570965](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7570965). Abstract available in English in UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. CLOUT Case 1051, UN doc. A/CN.9/SER.C/Abstracts/107. Available from: [www.uncitral.org/clout/clout/data/ukr/clout\\_case\\_1051\\_leg-2842.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ukr/clout_case_1051_leg-2842.html). In this case, the Court found that the general limitation period of four years had been extended under Limitation Convention article 20 since the debtor had confirmed its obligation to the creditor by email. The Court found that, due to the domestic law of Ukraine, the validity of the email as a «writing» could not be denied solely because of its electronic form.

<sup>35</sup> CASTELLANI, Luca G. An Assessment of the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods through Case Law. *Villanova Law Review*. 2013, 58(4), 645–659. ISSN 0042-6229. Available from: [lawweb2009.law.villanova.edu/lawreview/wp-content/uploads/2013/07/VLR410.pdf](http://lawweb2009.law.villanova.edu/lawreview/wp-content/uploads/2013/07/VLR410.pdf).

<sup>36</sup> A bibliography on UNCITRAL texts relating to electronic commerce, including the Electronic Communications Convention, is regularly compiled by the UNCITRAL Secretariat and available on the UNCITRAL website at



the removal of obstacles to the recognition of electronic communications arising from the application of treaties concluded before the widespread use of electronic communications. Hence, the adoption of the Electronic Communications Convention alongside the CISG is necessary to ensure the full correspondence of the CISG to contemporary business needs. Similarly, CISG scholars need to take into consideration the Electronic Communications Convention in order to provide a comprehensive discussion of the solutions offered by uniform law to contemporary business needs.

The Electronic Communications Convention interacts with the CISG by establishing functional equivalence requirements for written form and handwritten signatures and by introducing provisions specific to electronic communications. The result is particularly relevant with respect to formation of contract and to contract management, for instance when amending a contract or when exchanging notices and other information related to contractual performance. In that respect, it is to be noted that Part II CISG, on the formation of the contract, implicitly foresees the use of writing for long distance communications. Moreover, Part III CISG requires significant exchanges of information for contract management and, in particular, for identifying and cooperating in redressing non-conformity or partial-conformity of performance.

The CISG embraces freedom of form for the contract of sale of goods, except when a State lodges a declaration requiring the written form of the contract. Since this is a strict requirement of mandatory application, it is doubtful whether the application of domestic law on electronic transactions could achieve functional equivalence between electronic and written form for the purposes of the CISG. That functional equivalence is needed also when parties have agreed on formal requirements, such as the use of writing and of signatures, without mentioning explicitly the admissibility of electronic means. The Electronic Communications Convention sets forth at the treaty level the conditions for establishing functional equivalence between written and electronic form.<sup>37</sup>

In addition, the Electronic Communications Convention contains specific rules adapting traditional contract provisions to the electronic environment. Those rules

---

[www.uncitral.org/uncitral/en/publications/bibliography.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/bibliography.html). For further information, see BOSS, Amelia H. and Wolfgang KILIAN, eds. *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an in-depth guide and sourcebook*. Aalphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008; CHONG, Kah Wei and Joyce CHAO Suling. *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: a New Global Standard*. Singapore academy of law journal. 2006, 18, 116–202. ISSN 0218-2009. Available from: [www.sal.org.sg/digitalibrary/Lists/SAL%20Journal/Attachments/390/2006-18-SACLJ-116-Chong.pdf](http://www.sal.org.sg/digitalibrary/Lists/SAL%20Journal/Attachments/390/2006-18-SACLJ-116-Chong.pdf); EISELEN, Sieg. *The UNECIC: international trade in the digital era*. Potchefstroom electronic law journal. 2007, 10(2), 48-95. ISSN 1727-3781. Available from: [www.puk.ac.za/openncms/export/PUK/html/fakulteite/regte/per/issuepages/2007volume10no2/2007x2x\\_Eiselen\\_art.pdf](http://www.puk.ac.za/openncms/export/PUK/html/fakulteite/regte/per/issuepages/2007volume10no2/2007x2x_Eiselen_art.pdf); GABRIEL, Henry D. *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An Overview and Analysis*. Uniform law review. 2006, 11(2), 285–303. ISSN 1124-3694. Available from: [doi:10.1093/ulr/11.2.285](https://doi.org/10.1093/ulr/11.2.285); CASTELLANI, Luca G. *La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: relevancia práctica y lecciones aprendidas*. Revista de Derecho Privado. 2015, 29, 75–99. ISSN 2346-2442. Available from: [dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.04](https://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.04).

<sup>37</sup> On the relation between CISG and e-CC see BUTLER, Petra *The CISG and the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*. In: SCHWENZER, Ingeborg and Lisa SPAGNOLO, eds. *State of play. The 3<sup>rd</sup> annual MAA Schlechtriem CISG conference*. Den Haag: Eleven International Publishing, 2013, pp 1-16; EISELEN, Sieg. *The interaction between the Electronic Communications Convention and the United Nations Convention on the International Sale of Goods*. In BOSS, Amelia H. and Wolfgang KILIAN, eds. *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an in-depth guide and sourcebook*. Aalphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, pp. 333–352.

deal with: the determination of time and place of dispatch and receipt of electronic communications (article 10 e-CC), as specified also with respect to the location of the parties (article 6, paragraphs 4 and 5 e-CC); invitations to make offers (article 11 e-CC); contracts concluded by automated message systems (article 12 e-CC); and input errors made by physical persons when interacting with machines (article 14 e-CC).

Those substantive provisions are aligned with the corresponding provisions of the CISG. In particular, article 11 e-CC states that a contractual proposal contained in an electronic communication and not addressed to specific parties, but generally accessible to parties making use of information systems, is considered an invitation to make offers and not a binding offer, unless the intention to be bound in case of acceptance is clearly indicated in that proposal. The provision is evidently inspired by article 14, paragraph 2 CISG. Article 11 e-CC finds its own rationale in the fact a vast quantity of electronic communications may be exchanged instantaneously. Therefore, merchants could receive in a short period of time very high numbers of binding acceptances of their on-line offers. Such possibility would require large physical stocks of traded goods, leading to inefficient warehouse management or costly cover purchases reflected, eventually, in higher prices for final buyers.

Article 10 e-CC deals with time and place of dispatch and receipt of electronic communications. According to that article, dispatch occurs when the electronic communication leaves the information system under the control of the originator, while receipt takes place when the electronic communication is capable of being retrieved by the addressee and, if it was sent to a non-designated electronic address, the recipient is aware that the communication was sent. This opens interesting perspectives with respect to the operation of article 22 CISG, which requires that an acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would become effective. Under article 18 CISG, the acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror, which is, if the acceptance is sent to a designated electronic address, the moment when the electronic communication is capable of being retrieved by the addressee. How the withdrawal of an acceptance may take place in those circumstances is a matter deserving further reflection.

Article 6, paragraphs 4 and 5 e-CC specify, respectively, that the location of equipment and of supporting technology or the place from where an information system is accessed, and the use of country-specific domain names or email addresses are not necessarily relevant for determining a party's place of business.

Article 12 e-CC specifies that a contract concluded with the use of automated message systems is valid and enforceable despite the fact that no natural person reviewed or intervened in the actions carried out by the automated message system. Article 14 e-CC contains a rule aimed at protecting natural persons from the possibility of being bound contractually in case of input error. However, the scope of article 14 e-CC is limited, since the input error may be withdrawn only if a number of rather stringent conditions are met. The actual importance of that provision may lie in promoting the adoption of mechanisms for the review of electronic transactions by physical persons, which, in turn, may reduce input errors.

*c) Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance*

After the conclusion of the CISG, UNCITRAL work on sale of goods continued briefly to prepare the Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance (the “Uniform Rules”). The Uniform Rules seek to unify the treatment, particularly as to validity and application, of clauses that provide for the payment by a party of a specified sum of money as damages, or as a penalty in the event of failure of the party to perform its contractual obligations in an international commercial transaction.<sup>38</sup> This complex matter was raised at a late stage during CISG negotiations and its discussion was postponed also in light of the distance between legal traditions on this issue. The outcome of that work is an early example of an UNCITRAL text intended for contractual incorporation.

Though the Uniform Rules are unfortunately not widely used in business practice, they constitute an important intellectual achievement as they suggest a viable compromise between liquidated damages clauses, which are acceptable in many jurisdictions, and penalty clauses, which, on the contrary, may find more difficulties in being recognized by courts.<sup>39</sup> Moreover, by limiting the power of judicial intervention to cases when the sum agreed “is substantially disproportionate in relation to the loss that has been suffered,”<sup>40</sup> the Uniform Rules anticipated, and may further support, the trend toward the mitigation of such clauses when excessive.

*d) UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions*

During the final stages of the preparation of the CISG, various international organizations noted that countertrade transactions carried significant importance in international trade, especially within or with Socialist economies. This consideration led to preparing a guidance text, the UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions (the “Legal Guide”), which has points in common with the CISG.<sup>41</sup> The purpose of the Legal Guide is to assist parties negotiating international countertrade transactions, whether for goods, services, technology or other economic value. Thus, the Legal Guide identifies legal issues involved in such transactions and suggests possible contractual solutions.<sup>42</sup> While it is open to discussion to what extent the CISG itself may apply to countertrade transactions, especially when not involving any payment of price (a transaction referred to as “barter”), it is clear that, when preparing the Legal Guide, UNCITRAL drew significantly on certain CISG principles.

---

<sup>38</sup> On the Uniform Rules, see KOMAROV, Alexander. The limitation of contract damages in domestic legal systems and international instruments. In SAIDOV, D. and R. CUNNINGTON, eds. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford and Portland, OR.: Hart Publishing, 2008, pp. 245–264; HACHEM, Pascal. *Agreed sums payable upon breach of an obligation: rethinking penalty and liquidated damages clauses*. The Hague: Eleven International Publishing, 2011.

<sup>39</sup> However, the Uniform Rules may find application only in presence of liability for failure to perform: Uniform Rules, Article 5.

<sup>40</sup> Uniform Rules, Article 8.

<sup>41</sup> See, in particular, paras. 6, 14 and 23 of its Chapter XIII of the Legal Guide.

<sup>42</sup> See HOROWITZ Andrew. Revisiting barter under the CISG. *Journal of Law and Commerce*. 2010, 29(1), 99-115. ISSN 0733-2491; SCHWENZER, Ingeborg and Christopher KEE. *Countertrade and the CISG*. Internationales Handelsrecht. 2009, 9(6), 229-233. ISSN 1617-5395.

### *The CISG as source of inspiration for domestic and regional law reform*

The importance of the CISG as a blueprint for National or regional law cannot be overstated. Thus, although the Convention, having a treaty Nature, is a piece of “hard” international law, it operates also as a soft law instrument, in a manner akin to that of a model law. This is Not the only case of such use of a treaty: for instance, a Number of developing countries, such as Guatemala and Vietnam, have adopted some, or all, of the substantive provisions of the Electronic Communications Convention without formally adhering to that treaty.<sup>43</sup>

The law evolves permanently in light of the Needs of the social groups to which it applies. However, that evolutionary process does Not lead to an infinite Number of legal rules; in fact, the Number of solutions to any given legal problem are limited. Laws that offer innovative solutions are rare. Often, few existing texts are used as a model for law reform. In the past, model texts were chosen because their jurisdiction of origin was considered prestigious, i.e., it offered guarantees of academic or judicial excellence. More recently, legal efficiency replaced prestige, although an objective benchmark for legal efficiency (and for prestige) has Not yet been agreed upon. Comparative lawyers have described the circulation of legal models by referring to the theory of “legal transplants”<sup>44</sup>

Few legislative texts on sale of goods may be considered major models for other jurisdictions.<sup>45</sup> Those model texts include the French Civil Code (Code Napoléon, 1804), the German Civil Code (BGB, 1900), the English Sale of Goods Act (1893), and the US Uniform Commercial Code, Article 2 (1952). The CISG is the most recent of these models and the only one that has benefitted from an inclusive drafting process, which compared rules from all legal systems. As a result, the CISG is compatible with all legal traditions and economic systems.

A complete analysis of the use of the CISG in National and regional law reform is yet to be carried out.<sup>46</sup> A well-known case is that of China, where many substantive provisions of the CISG were transposed in domestic law. Familiarity of Chinese

---

<sup>43</sup> A list of the jurisdictions that have enacted some or all of the substantive provisions of the Electronic Communications Convention is available at [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html) (sub footnote (e)).

<sup>44</sup> SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *American journal of comparative law*. 1991, 39(1), 1–34 (Instalment I), 343–401 (Instalment II). ISSN 0002-919X; see also GRAZIADEI, Michele. Legal transplants and the frontiers of legal knowledge. *Theoretical inquiries in law*. 2009, 10(2), 723–743. ISSN 1565-3404.

<sup>45</sup> Of course, variations on the original models may occur, since the transplant of legal models does Not take place in a “pure” form, but is Necessarily influenced by a Number of factors, including pre-existing law and practice. Regional texts may also play an important role.

<sup>46</sup> However, significant literature is already available: see, e.g., COETZEE, Juana. CISG and regional sales law: friends or foes? *Journal of law, society and development*. 2015, 2(1), 29–44. ISSN 2313–8289; FERRARI, Franco. The CISG and its impact on National contract law — general report. In FERRARI, Franco, ed. *The CISG and its impact on National contract law*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2008, pp. 413–480; for a National analysis, KRUISINGA, S.A. The impact of uniform law on National law: limits and possibilities — CISG and its incidence in Dutch law. *Electronic journal of comparative law*. 2009, 13(2), 1–20. ISSN 1387–3091. Available from: [www.ejcl.org/132/art132-2.pdf](http://www.ejcl.org/132/art132-2.pdf); SCHWENZER, Ingeborg. Regional and global unification of sales law. *European journal of law reform*. 2011, 13(3–4), 370–379. ISSN 1387–2370; SCHWENZER, Ingeborg and Pascal HACHEM. The CISG — successes and pitfalls. *American journal of comparative law*. 2009, 57(2), 457–478, at pp. 461–463. ISSN 0002-919X; ZELLER, Bruno. Recent developments of the CISG: are regional developments the answer to harmonisation? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration*. 2014, 18(1), 111–128. ISSN 1439-9741.

practitioners with the domestic law paved the way to their broad acceptance of the CISG for cross-border trade. In turn, the importance of China for the global economy and the preference of Chinese traders for applying the CISG, expressed also by resorting to dispute resolution mechanisms where the CISG is regularly applied, has led to broader acceptance of the CISG worldwide. More recently, the CISG has been used as a model for the Civil Code of Hungary,<sup>47</sup> the Civil and Commercial Code of Argentina,<sup>48</sup> and the draft Commercial Code of Spain of 2014. The CISG has also inspired the draft Civil Code of Japan, though its actual influence in the final text remains to be assessed.<sup>49</sup>

Increasingly, adoption of the CISG represents an important step, and often the first one, towards contract law modernization. This was, for instance, an important consideration behind the adoption of the CISG in Brazil.

In certain cases, provisions contained in the CISG are transplanted in national law through a regional model without adoption of the treaty itself. This is the case of Azerbaijan, whose Civil Code is modelled after the Model Civil Code of the Commonwealth of Independent States (“CIS”), in turn inspired by the CISG.<sup>50</sup> More liberal enactments by CIS member States of that Model Civil Code followed the CISG even closer.<sup>51</sup>

Likewise, some provisions of the OHADA Act on General Commercial Law already inspired by the CISG<sup>52</sup> have been revised in a manner that further aligns them. However, only a handful of OHADA member States have adopted the CISG. The reasons seem related to limited awareness of the CISG due to scarce legal capacity and political attention. In Africa, the CISG has seldom been actively promoted and the law reform agenda tends not to focus on international trade law.<sup>53</sup> This concern is not specific to the field of sale of goods: a similar situation occurs with the OHADA Act on Arbitration, which is compatible with the New York Convention and actually presupposes its adoption, but only about half of the OHADA member States have adopted that Convention.

---

<sup>47</sup> Act V of 2013. See FUGLINSZKY, Ádám. The reform of contractual liability in the New Hungarian Civil Code: strict liability and foreseeability clause as legal transplants. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2015, 79(1), 72–116. ISSN 0033-7250; see also KISFALUDI, András. The influence of harmonisation of private law on the development of the civil law in Hungary. *Juridica international*. 2008, XIV, 130–136. ISSN 1406–5509. Available from: [www.juridicainternational.eu/?id=12711](http://www.juridicainternational.eu/?id=12711).

<sup>48</sup> Law 26994 of 1 October 2014.

<sup>49</sup> A similar process occurred in Germany. On the relation between German and Japanese academics as a channel to increase familiarity with the CISG see SONO, Hiroo. Japan’s accession to and implementation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Japanese yearbook of international law*. 2010, 53, 410–437. ISSN 1883-9959.

<sup>50</sup> Azerbaijan is currently considering adoption of the CISG.

<sup>51</sup> KNIEPER, Rolf. Celebrating success by accession to the CISG. *Journal of Law and Commerce*. 2005-06, 25, 477–481, at 478. ISSN 0733-2491. Available from: [www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Knieper.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Knieper.pdf). See also VILKOVA, Nina. The unification of conflict of law rules in CIS countries. *Review of Central and East European Law*. 2000, 26(1), 75–83. ISSN 0925-9880. Available from: DOI:10.1163/157303500124667154.

<sup>52</sup> KENFACK DOUJANI, Gaston. La vente commerciale OHADA. *Uniform law review*. 2003, 8(1-2), 191–200. ISSN 1124-3694. Available from: doi:10.1093/ulr/8.1-2.191.

<sup>53</sup> For a more detailed analysis of the factors preventing broader trade law reform in Africa, CASTELLANI, Luca G. International trade law reform in Africa. *Yearbook of private international law*. 2008, 10, 547–563. ISSN 1566-6352.



The draft Common European Sales Law (“CESL”),<sup>54</sup> an optional instrument whose choice would have displaced the application of the CISG in the intention of its drafters,<sup>55</sup> was influenced by the CISG, though that lineage was disguised by reference to more recent uniform texts such as the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. However, the CESL did not recommend adoption of the CISG by those European Union member States that have not yet done so.

In the above cases, the use of the CISG as source of inspiration may not have been fully acknowledged. This and the proliferation of regional initiatives may contribute to create an inaccurate impression of limited relevance of the CISG and modest application of its principles. An illustration of differences and similarities between the regional text and the CISG, and the preparation of a comprehensive law reform plan coordinated at the national, regional and global levels would have been a preferable approach.

### *The CISG and the reasons for regional sales law*

The CESL gave rise to significant literature expressing concerns with respect to the structure, content, expected benefits and legitimacy of that instrument.<sup>56</sup> Eventually, the CESL proposal was withdrawn. The debate on the relationship between CESL and CISG touched upon arguments of general interest. Three justifications were given in support of the creation of the CESL despite the existence of the CISG: (1) the CISG does not find universal application in the European Union, due to missing European Union member States as well as existing declarations that vary the CISG’s scope of application; (2) certain matters, in particular sales to consumers, are excluded from the CISG; and (3) no higher court exists to guarantee the CISG’s uniform interpretation.<sup>57</sup>

With regard to geographic scope, and as noted above, the current trend is towards expansion of the reach of the CISG both in terms of new contracting States and of withdrawal of declarations. With respect to European Union member States not yet party to the CISG, in November 2011 the Irish Sales Law Review Group issued its final “Report on the Legislation Governing the Sale of Goods and Supply of Services”,<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, Brussels 11.10.2011 COM (2011) 635 final. The CESL has generated significant literature: ex multis, MAGNUS, Ulrich. CISG and CESL. In: BONELL, Michael Joachim, Marie-Louise HOLLE and Peter Arnt IELSESEN, eds. *Liber Amicorum Ole Lando*. Djøf Forlag: Copenhagen, 2012, pp. 225-255; MAGNUS, Ulrich, ed. *CISG vs. regional sales law unification. With a focus on the new common European sales law*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2012.

<sup>55</sup> If that is indeed the case, it should be seen in light of the provisions of the CISG itself.

<sup>56</sup> See, e.g., KORNET, Nicole. The Common European Sales Law and the CISG — Complicating or simplifying the legal environment? *Maastricht journal of European and comparative law*. 2012, 19(1), 164–179. ISSN 1023-263X; HEUZÉ, Vincent. Le technocrate et l’imbécile. Essai d’explication du droit commun européen de la vente. *La Semaine Juridique. Édition Générale*. 2012, 25, 1225-1232. ISSN 0242-5777.

<sup>57</sup> FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Vers un droit commun européen de la vente. *Recueil Dalloz*. 2012, 1, 34–42, at 35. ISSN 1298-728X.

<sup>58</sup> IRISH SALES LAW REVIEW GROUP. Report on the Legislation Governing the Sale of Goods and Supply of Services. The Stationery Office: Dublin, 2011. (Prn. A11/1576.) This recommendation echoes the position already expressed by the IRISH LAW REFORM COMMISSION, which, in 1992, had already recommended the adoption of the CISG in its Report on the United Nations (Vienna) Convention on Contracts for the International Sale of Goods. The Law Reform Commission: Dublin, 1992. (LRC 42 — 1992).

whose Chapter 15, dealing specifically with the CISG, recommends that Ireland should accede to the treaty. Portugal seems increasingly interested in considering adoption of the CISG, also due to the influence of Brazil's enthusiastic accession. Finally, all current EU candidates (Albania, Montenegro, Serbia, the former Yugoslav Republic of Macedonia, and Turkey)<sup>59</sup> and other UN Member States identified as potential EU candidates (Bosnia and Herzegovina,<sup>60</sup> Georgia, Republic of Moldova, and Ukraine<sup>61</sup>) are CISG contracting States. Thus, if there is further expansion of the EU, the already favorable proportion of CISG contracting States (24 of 28) will only increase.

The observation on matters excluded from the CISG refers to a direct consequence of the inclusive process employed in drafting the CISG. The topics included in the CISG are those upon which it was possible to find broad consensus, based also on the experience acquired with the ULF and of the ULIS. In particular, the CISG does not deal with consumer protection because global consensus on that topic was and probably still is impossible to reach. On the other hand, the goal of a uniform consumer protection law may be attainable at the regional level.

Concerns on the insufficient level of detail of the CISG seem not to consider that in texts prepared by inter-governmental bodies with universal participation, such as UNCITRAL, agreement must be reached at the level optimal for universal support. The legislative history of article 78 CISG on interest is a reminder of how sensitive the drafting process may be.

Finally, the absence of a central judicial body administering the treaty and ensuring its uniform interpretation relates to the respect for the principle of independence of the judiciary in each jurisdiction. It does not seem likely that the CISG would have managed to gain participation from 84 States, belonging to all legal and economic systems of the world, had it contained a mandatory mechanism for judicial interpretation.<sup>62</sup> Therefore, the solution is to compile case law and illustrative materials and to favor the emergence of global trends on the interpretation of the CISG, based also on the duty of uniform interpretation contained in article 7, paragraph 1 CISG.<sup>63</sup>

To sum up, the shared goals of improved efficiency and economy of resources recommend focusing on seeking universal adoption of global uniform instruments before pursuing further work at the regional level. If regional texts are prepared, special care should be used to ensure that they do not disrupt global uniform sales law.

---

<sup>59</sup> See [ec.europa.eu/economy\\_finance/international/non\\_eu/candidate/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/international/non_eu/candidate/index_en.htm).

<sup>60</sup> See [ec.europa.eu/enlargement/countries/detailed-country-information/bosnia-herzegovina/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/countries/detailed-country-information/bosnia-herzegovina/index_en.htm).

<sup>61</sup> See *European Parliament Resolution of 17 July 2014 on Ukraine* (2014/2717(RSP)), at para. 33 (mentioning Georgia, Republic of Moldova, and Ukraine). Available from: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2014-0009](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2014-0009).

<sup>62</sup> Those keen on the issue could consider preparation and adoption of an optional protocol conferring last-grade jurisdiction or final interpretative authority to a judicial body.

<sup>63</sup> Ex multis, see ANDERSEN, Camilla. The global jurisconsultorium of the CISG revisited. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration*. 2009, 13(1), 43–70. ISSN 1439–9741.

### *The CISG as a source of a-national law*

The third aspect highlighted in the recent survey of the application of the CISG relates to the use of the CISG as a source of a-national law or *lex mercatoria*.<sup>64</sup> The benefits associated with the use of the CISG as a Neutral law are well known. On the one hand, the CISG is a law different from any National law of the parties, and therefore equally acceptable by all; on the other hand, it offers a unique amount of information on its content and implementation in a Number of languages. The discussion of the CISG as a-national law has recently gained further momentum due to the renewed interest for promoting free choice of applicable law.

Prevailing business models in the global economy rely heavily on cross-border supply chains operating across several jurisdictions. Commercial partners located in several countries Need to cooperate under strict timelines and conditions. The contract for international sale of goods lies at the heart of the cross-border supply chain.<sup>65</sup> Supply chain participants Need to be fully confident that courts will uphold their agreements. Full recognition of freedom of contract and party autonomy both in substantive law and in procedural law (i.e. recognition of choice of law and forum, including arbitration) may achieve that goal. Simple and tested provisions, well understood by all parties are essential to reach a fair and equitable framework for contract management. That framework, in turn, is Necessary to preserve trust among business partners, especially in times of disruption.

In fact, supply chains may suffer disruption from Natural disasters, political instability and similar issues that are statistically recurrent. From the legal point of view, such events, under certain conditions, may excuse Non-performance. From the economic point of view, they represent a loss to be allocated according to predictable rules.

When the disruption is involuntary, contractual parties often have an interest in continuing their collaboration once the disrupting factor is removed. They may wish to preserve shared expertise, established practices, joint research and development plans and other elements that create trust and value in the supply chain. At the same time, the disruption in the supply chain stresses contractual relations. It is therefore of great importance that the rules for contractual management are well known to all parties and that they are strictly followed so that the original allocation of risks is respected.

Similarly, simple and tested provisions are Necessary to ensure compliance with the increasing Number of regulatory requirements implementing human rights standards in the business sector<sup>66</sup> and with voluntary undertakings related to corporate social responsibility.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> See, in general, PETSCHKE, Markus. The Application of Transnational Law (Lex Mercatoria) by Domestic Courts. *Journal of private international law*. 2014, 10(3), 489–515. ISSN 1744–1048. Available from: DOI: 10.5235/17441048.10.3.489.

<sup>65</sup> HESKETH, David. Weaknesses in the Supply Chain: Who Packed the Box? *World Customs Journal*. 2010, 4(2), 3–20, at 7. ISSN 1834–6715. Available from: [www.worldcustomsjournal.org/media/wcj/-2010/2/Hesketh.pdf](http://www.worldcustomsjournal.org/media/wcj/-2010/2/Hesketh.pdf).

<sup>66</sup> In general, RUGGIE, John Gerard and John F. SHERMAN III. Adding human rights punch to the New lex mercatoria: The impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on commercial legal practice. *Journal of international dispute settlement*. 2015, 6(3), 455–461. ISSN 2040–3585. Available from: [doi:10.1093/jnlids/idv025](https://doi.org/10.1093/jnlids/idv025).

<sup>67</sup> RAMBERG, Christina. Emotional Non-conformity in the international sale of goods, particularly in relation to CSR-policies and codes of conduct. In: SCHWENZER, Ingeborg and Lisa SPAGNOLO, eds. *Boundaries and intersections. The 5th annual MAA Schlechtriem CISG conference*. The Hague: Eleven International Publishing, 2015, pp. 71–94; more generally, VYTOPIIL, Louise. *Contractual control in the supply chain. On corporate social responsibility, codes of conduct, contracts and (avoiding) liability*. The Hague: Eleven International Publishing, 2015.



Resorting to the legal system of a third State cannot efficiently meet the need for such provisions as all parties will need to be educated in the provisions of the applicable law, and resources allocated for legal advice in contract management are typically modest and expert advice on the rules of a foreign legal system is costly. Likewise, the choice of the national law of one supply chain participant cannot meet this need, as this would give that participant an advantage in familiarity with the applicable law over all other parties.

Incorporation of uniform a-national law such as the Unidroit Principles of International Commercial Contracts may find limits in being recognized by State courts due to the contractual nature of such incorporation.<sup>68</sup> The CISG may overcome this difficulty since it has the effect, even when totally opted out, to validate the principle of freedom of contract in national law. In other words, contractual agreements that may not be valid under «domestic» national law are enforceable under the CISG.

The use of the CISG as a-national law opens new perspectives. A trend exists towards specialization in commercial dispute resolution. Judges and arbitrators claiming familiarity with international commercial law are expected to be fully familiar with the CISG and to apply it in line with the expectations of the parties. That familiarity is actually one of the features differentiating bodies specialized in dispute resolution for cross-border commercial exchanges from “ordinary” commercial courts, and therefore giving a leading advantage to the former as a dispute resolution service provider.

No specialist in international sales law may afford to ignore the existence of the CISG. This remains true despite the fact that it is for the parties to the contract to decide if, and to what extent, the CISG provides an appropriate legislative framework for their commercial transactions.

### *Future perspectives*

The CISG offers a modern restatement of the law, widely tested daily in jurisdictions belonging to all legal families and economic systems. All jurisdictions, no matter how small or removed from global trade, may benefit from increased familiarity with the CISG. Hence, more should be done to promote formal adoption of the CISG by States, especially developing ones, as well as its broader use and uniform interpretation.

A separate question relates to whether domestic contract law reform based on the CISG should be pursued proactively.

In 2012, a document, often referred to as the “Swiss proposal”, was submitted for consideration by UNCITRAL. That document noted that UNCITRAL has not worked in the field of sale of goods since 1983 and suggested that it should consider undertaking new work in the field of sales law and related contract law.<sup>69</sup> The proposal had the merit of opening a debate on whether that work would be useful and feasible, and, if so, whether UNCITRAL would be the right forum for that type of work.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> See, in general, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Developing neutral legal standards for international contracts*. Paris: International Chamber of Commerce, 2015.

<sup>69</sup> UNITED NATIONS. *Possible future work in the area of international contract law: Proposal by Switzerland on possible future work by UNCITRAL in the area of international contract law*. UN Doc. A/CN.9/758 (2012).

<sup>70</sup> A debate on these matters is contained in Villanova Law Review. 2013, 58(4), which contains the papers presented at the Villanova Law Review Norman J. Shachoy Symposium.

One concern that emerged from that debate focused on the increasing fragmentation of sales law, despite the regular increase in the number of State parties to the CISG. As noted above, that fragmentation is partly due to regional initiatives that do not take into full consideration the need to coordinate global, regional and national laws. In response, it was suggested that UNCITRAL should prepare a model law on general contract law, to be complemented with guidance materials to assist enacting jurisdictions.<sup>71</sup>

More recent discussions at UNCITRAL have highlighted consensus on the desirability of considering work on CISG implementation, i.e. aimed at expanding the use of the CISG where appropriate and at encouraging its uniform interpretation and application, but excluding the preparation of any new legislative text.<sup>72</sup> Some of the tools necessary to carry out that mandate already exist; others may need to be designed.

One possible way forward could be the preparation of a guidance document on international contracts law with a focus on sales law, thus encompassing the CISG and all other uniform texts (e.g., treaties, model laws, contractual provisions, etc.) relating to the international sale of goods. This document could accompany the reader across relevant matters, ranging from the choice of the applicable law to the customization of contractual provisions. It could discuss important issues that are regularly linked to the CISG, but not directly addressed in its text, such as limitation, set off and distribution contracts. It could also highlight the work already done with respect to emerging issues such as the legal treatment of global supply chains.

Ideally, that guidance document could address issues relevant for various legal actors such as legislators, judges and arbitrators, and lawyers and commercial operators. It would also provide a solid reference for the teaching of sales law. The work of compilation, coordination and consolidation — all goals achievable without any legislative work — could provide an important contribution to establishing clarity in the field by taking stock of the achievements made in the past half century. It could also offer a clearer picture of lessons learned and best practices precious in the pursuit of greater legal uniformity and broader contractual freedom.

---

<sup>71</sup> See also 王利明 (WANG Liming.) CISG 公约的修改与中国合同法 (Drafting and improvement of CISG (1980) and contract law of China.) 环球法律评论 = Global law review. 2013, 35(5), 119-131. ISSN 1009-6728.

<sup>72</sup> UNITED NATIONS. *Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement No.17. Report of the United Nations Commission on International Trade Law Forty-eighth Session (29 June-16 July 2015) (A/70/17)*, para. 334.

## ОТВЕТСТВЕННОСТЬ СТОРОН В РЕЖИМЕ ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ ВСЛЕДСТВИЕ НАРУШЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ДОГОВОРУ МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ ТОВАРОВ<sup>73</sup>

**Чирич Александр** (Республика Сербия)  
Проф. д-р, юридический факультет Университета  
г. Ниш, арбитр МКАС при ТПП Украины

### Введение

Несмотря на развитие новых форм внешнеэкономических связей, договор купли-продажи был, есть и будет в обозримом будущем наиболее распространенным договором в сфере торгового оборота в целом и международного коммерческого оборота в частности. Последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора определяются правом, применимым к договору международной купли-продажи. За неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору международной купли-продажи, стороны могут быть привлечены к ответственности. На данном этапе Венская конвенция, безусловно, является основным источником правового регулирования договоров международной купли-продажи, причем ее роль и значение не только не уменьшается, но, напротив, увеличивается. Нормы Конвенции направлены на установление необходимого баланса прав и обязанностей контрагентов при нарушении договора. Имея в виду, что, соответственно, весьма частыми являются случаи применения Венской конвенции (ВК), мы выбрали предметом исследования этой статьи, ответственность продавца и покупателя, возникающую вследствие нарушения договора должником, именно в режиме Конвенции.

Наш анализ исходит из двух групп вопросов, касающихся: а) правовых средств покупателя, в случае нарушения договорных обязательств продавцом; б) правовых средств продавца, если покупатель не выполняет или ненадлежащим образом выполняет свои, договором предусмотренные, обязательства.

Надо напомнить, что в системе ответственности продавца и покупателя, в режиме Венской конвенции, существуют нормы, касающиеся вопроса совместных правил об ответственности сторон по основанию международной купли-продажи товаров (право на возмещение ущерба и другое), что является вопросом, который в этой статье остается вне нашего анализа.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Статья является результатом работы в рамках Проекта: «Гармонизация права Сербии с правом Европейского союза», который финансирует Юридический факультет Университета г. Ниш, в период 2013–2018 года.

<sup>74</sup> Об этом более подробно посмотреть: А. Чирич, «Совместные правила Венской конвенции о нарушении обязательств сторон в договоре международной купли-продажи товаров», Актуальні проблеми права: Теорія і практика, Збірник, Н0–19, Міністерство освіти науки України Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля, Луганск, 2011, стр. 15–24. А. Сиріч, «Common provisions to the Violation of obligations the parties under contract for the international sale of goods», *Topical issues of Law: Theory and practice, Collection of scientific papers*, №0-19, Lugansk, 2011, p. 24.

## 1. Средства правовой защиты сторон в случае нарушения договорных обязательств в режиме ВК

Инструменты (средства) защиты в режиме ВК делятся на:

- а) средства защиты покупателя при нарушении договора продавцом (ст. 45–52) и
- б) средства защиты продавца при нарушении договора покупателем (ст. 61–70).

### 1. 1. Средства правовой защиты покупателя в случае нарушения договора продавцом

Положения раздела III главы II части III Конвенции касаются различных аспектов средств правовой защиты, которые доступны покупателю, понесшему ущерб в результате нарушения договора продавцом: в них перечисляются эти средства защиты и санкционируется их использование ( пункт 1 статьи 45); ими определяется возможность их использования и действие (пункты 2 и 3 статьи 45, статьи 46, 48 и 50); ими предусматривается право потерпевшего ущерба покупателя на расторжение договора (статьи 47 и 49) и, тем самым, регулируется имеющийся у покупателя выбор между альтернативными наборами средств защиты; ими также определяется действие средств правовой защиты покупателя при некоторых особых обстоятельствах (статьи 51 и 52).

Если продавец не исполняет любое из своих обязательств по договору международной купли-продажи товара, покупатель, на основании норм ВК, имеет право требовать от продавца:

- а) исполнения договора;
- б) снижения цены и
- в) расторжения договора.<sup>75</sup>

Осуществление покупателем права на указанные средства правовой защиты, не лишает его права требовать и возмещение убытков.<sup>76</sup>

Если выполнены условия для использования какого-либо из выше приведенных прав в случае нарушения договора, покупатель имеет право выбора, каким из них он будет пользоваться (лат. *ius varandi*). Он не может воспользоваться правами, которые взаимно несовместимы. Так, например, если он выберет снижение цены и задержит поставленный товар у себя, в таком случае он должен заплатить цену товара. Цена устанавливается в пропорции стоимости, которую поставленный товар фактически имел на момент поставки, со стоимостью которую на тот же мо-

<sup>75</sup> Ст. 45 в связи ст. 46–52 Конвенции.

<sup>76</sup> Ст. 45, п. 2 ВК. В связи с возмещением убытков см.: ст. 74–77 Конвенции. В подпункте б) пункта 1 статьи 45 изложены материально-правовые условия для предъявления покупателем требования о возмещении убытков. В случае нарушения продавцом, какого бы то ни было договорного обязательства покупатель, который понес убытки в результате этого нарушения, может требовать их возмещения. Так, например, покупатель может требовать возмещения убытков, которые возникли из поставки дефектных товаров. Покупатель может требовать возмещения убытков за любой причиненный ущерб, если продавец заранее заявляет, что он не сможет поставить товары вовремя, и тем самым признается в ожидаемом нарушении договора в значении статьи 71. Однако, если договор или Конвенция налагает дополнительные условия для возникновения у покупателя права на возмещение убытков, такие как требование относительно извещения согласно статьям 38, 39 и 43, эти условия также должны быть соблюдены. В отличие от многих национальных систем, право требовать возмещения убытков в соответствии с Конвенцией не зависит от вида неисполнения обязательств, от какого либо нарушения прямо выраженного обещания или прочего, а лишь предполагает наличие объективного неисполнения обязательств.

мент имел бы товар, соответствующий договору.<sup>77</sup> Но, если покупатель, например, выберет расторжение контракта, он должен вернуть товар продавцу.<sup>78</sup>

Что означает выражение «совместимость средств правовой защиты»? Например, в практике приходится сталкиваться с ситуациями, когда сторона требует либо исполнения обязательств по поставке товара, либо взыскания убытков на основании ст. 75 или ст. 76 Венской конвенции. Совместимы ли эти средства правовой защиты? Нет, поскольку как общее правило требование о возмещении убытков совместимо с другими средствами правовой защиты (п. 2 ст. 45, п. 2 ст. 61 ВК).<sup>79</sup> ВК позволяет использовать средства правовой защиты, предусмотренные ст. 75–76, в зависимости от расторжения договора. Пока договор не расторгнут, основания для применения санкций, предусмотренных этими статьями, отсутствуют.

В практике международных арбитражных органов встречается формулирование требований на альтернативной основе. Например, истец требует взыскать с ответчика неустойку, а на случай, если по каким-то причинам арбитраж не посчитает возможным ее присудить,<sup>80</sup> просит о возмещении

---

<sup>77</sup> См. ст. 50 ВК.

<sup>78</sup> В. Стойльковић, Међународно привредно право, Београд, 2003, стр. 169.

<sup>79</sup> См., ст. 44, п. 5 ст. 79 Конвенции.

<sup>80</sup> В значительном числе исков, рассмотренных МКАС при ТПП Украины, а так же и МКАС Российской Федерации, предметом требования являлось взыскание договорной неустойки (штрафа, пеней), в частности, за просрочку поставки, недопоставку, просрочку платежа. Отсутствие в Конвенции предписаний о неустойке и непризнание национальным правом некоторых государств возможности применения института неустойки (“penalty”) вызывали необходимость в юридической квалификации предъявленного требования и соответствующего определения подхода к его реализации. Интерес в этом смысле представляет и один из споров, разрешенных МКАС при ТПП РФ, в котором в случае возникновения необходимости использовать субсидиарный статут таковым, должно было быть признано право канадской провинции Онтарио. По действующему в этой провинции закону договорные обязательства регулируются английским правом. Установив, что предусмотренная контрактом ответственность продавца за нарушение срока поставки (за каждый день просрочки) ограничена верхним пределом, состав арбитража, руководствуясь ст. 8 Венской конвенции, признал, что это условие контракта должно толковаться как соглашение сторон об установлении заранее определенного фиксированного размера убытков, возмещаемого при таком нарушении. Подобный вывод основывался на том, что размер ответственности увязан в контракте с общей суммой контракта и в то же время ограничен ее частью. При этом отмечено, что данный способ возмещения убытков не противоречит принципам ответственности, предусмотренным Венской конвенцией. В то же время было отклонено требование покупателя об уплате ему сверх фиксированного в контракте верхнего предела возмещения, также неустойки за недопоставку товара. В комментарии к этому решению отмечено, что оно соответствовало бы и требованиям права, действующего в провинции Онтарио, поскольку удовлетворенное требование с точки зрения английского права было основано на условии контракта о заранее исчисленных убытках (“liquidated damages”), а не об оплате штрафа (“penalty”). Разрешая спор на основании норм индийского права, состав арбитража пришел к выводу о праве истца на разумную компенсацию понесенного им ущерба, вызванного нарушением ответчиком сроков исполнения обязательств по договору. Объем такой компенсации был признан справедливым в размере, не превышающем оговоренную в контракте сторон сумму (Решение от 13.05.97 по делу №3/1996, Арбитражная практика за 1996–1997 гг. Москва, стр. 198–199; см. и: Розенберг М. Г. Международный договор и иностранное право в практике МКАС, «Статут», Москва, 1998, стр. 135).

В другом случае, рассматривая требование о взыскании неустойки, трибунал МКАС при ТПП Украины, прежде всего, констатировал, что это требование основано на соответствующем пункте контракта, предусматривающем в случае нарушения сроков поставки товара уплату ответчиком неустойки в виде пени в размере 0,3% от стоимости, не поставленной партии товара за каждый день просрочки.

Поскольку Венская конвенция не регулирует вопросы взыскания неустойки, требование истца о взыскании договорной пени подлежит рассмотрению в соответствии с субсидиарно применимым материальным правом Украины.

убытков.<sup>81</sup> Сторона должна все-таки определиться с выбором средств правовой защиты и с очередностью их использования. В любом случае, нельзя требовать одновременного применения не сочетаемых санкций.

Надо подчеркнуть, что никакая отсрочка не может быть предоставлена продавцу арбитражем или судом, если покупатель опирается на определенное правовое средство в случае нарушения контракта другой стороной.<sup>82</sup> Существуют две причины такого подхода.

Во-первых, такая дискреция суда или арбитража может вызвать неподходящее продление срока исполнения обязанности продавца, что противоречит требованиям международной торговли.

Во-вторых, дискреционное право суда или арбитража продлить срок исполнения обязанности продавца, может создать неодинаковое положение сторон в процессе разрешения самого спора.<sup>83</sup>

### *1.1.1. Право покупателя требовать исполнения договора*

Согласно Конвенции, договорные обязательства следует сохранять настолько, насколько это возможно, а к прекращению договора следует прибегать лишь как к крайнему средству, когда сохранение договора невозможно по причине существенного нарушения договора продавцом.<sup>84</sup> С этой целью и право потребовать исполнения продавцом своих обязательств является

---

Согласно части 1 статьи 549 и статьям 610 и 611 Гражданского кодекса Украины неустойкой (штрафом, пеней) является определенная законом или договором денежная сумма, которую должник должен передать кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.

В исковом заявлении, ссылаясь на вышеуказанный пункт контракта, истец заявил требование о взыскании с ответчика неустойки в сумме 342 046 долларов США.

Ответчик в своем ходатайстве от 2011 года категорически не согласился с заявленными истцом штрафными санкциями, однако свою позицию не обосновал и встречный расчет Арбитражному суду не представил.

Согласно части 2 статьи 614 Гражданского кодекса Украины отсутствие вины доказывает лицо, нарушившее обязательство.

Ответчик доказательств отсутствия своей вины в неисполнении обязательств по поставке товара Арбитражному суду не представил, просрочив его поставку на день рассмотрения дела по первой партии товара на 11 месяцев, а по второй партии товара — на 10 месяцев.

Согласно расчету, приложенному к исковому заявлению, истец начислил неустойку — следующего дня после даты предполагаемой отгрузки ответчиком товара на сумму 650 000 долларов США и следующего дня после даты предполагаемой отгрузки ответчиком товара на сумму 84 645 долларов США. Истец и первым, и во втором случае капитализировал неустойку по состоянию на дату предъявления ответчику претензии с требованием возратить сумму предварительной оплаты.

Период начисления неустойки истец определил с учетом 90 дней предусмотренных контрактом для поставки оплаченной партии товара, однако истец не учел срок поставки, установленный соответствующим пунктом контракта — до конца 2010 года.

Как полагает Арбитражный суд, истец неправильно указал начальную дату периода для расчета неустойки по первой партии товара, поскольку начальной датой является не 9 декабря 2010 года, как указано в расчете истца, а 1 января 2011 года.

<sup>81</sup> Надо подчеркнуть, что Конвенция не затрагивает вопрос права сторон на взыскание неустойки и он решается на основании самого текста договора международной купли продажи, либо использованием коллизионного метода и применения соответствующего национального законодательства.

<sup>82</sup> Ст. 45 п. 3 Конвенции.

<sup>83</sup> См.: J. Вилус, Коментар Конвенције Уједињених нација о међународној продаји робе, 1980, Загреб, 1981, стр. 116.

<sup>84</sup> В связи с ст. 49 Конвенции.



первоочередным в перечне средств правовой защиты покупателя в режиме ВК вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств продавцом из договора международной купли-продажи товара.

Надо подчеркнуть, что, несмотря на важность права требовать исполнения, в практике, оно не стало предметом большей части прецедентного права. На практике предпочтение отдается другим средствам правовой защиты, в частности праву требовать возмещения убытков.<sup>85</sup>

Право требовать исполнения предполагает, что обязательство продавца существует и, что оно до определенного момента не исполнено. Условием реализации этого права, является предоставление права требования покупателю на исполнение договора.

Он располагает таким правом, если конкретное исполнение:

а) не противоречит другим правовым средствам, которыми покупатель пользуется (расторжение контракта, или снижение цены)<sup>86</sup> и, если оно

б) допущено по национальному праву страны суда (*lex fori*), который решает этот вопрос.

Именно, поскольку рассматривающий дело судебный орган, не предоставляет такого средства правовой защиты по своему собственному национальному праву, он не обязан предоставлять его в соответствии с Конвенцией. Поэтому суды тех юрисдикций, в которых не разрешается исполнение в натуре, могут отказать в назначении исполнения в натуре оспариваемого обязательства и могут лишь вынести решение о возмещении убытков.<sup>87</sup>

В ситуациях, когда исполнение в натуре невозможно, например, в случае продажи и последующего уничтожения уникальных товаров, право покупателя требовать исполнения аннулируется.

Однако покупатель может сочетать свое требование исполнения и требование о возмещении оставшегося ущерба, например, в результате несвоевременного исполнения.<sup>88</sup>

Надо подчеркнуть, что покупатель, который уже потребовал исполнения, еще сохраняет право выбрать другое средство правовой защиты, например, объявить о расторжении договора, если соблюдены все требования в отношении применения этого крайнего средства. Только в том случае, если покупатель установил дополнительный срок для исполнения, он в течение этого срока не может прибегать к другим средствам правовой защиты, кроме возмещения ущерба согласно статье 47 Конвенции.

Особым видом права на исполнение контракта является право требования замены товара, поставленного с недостатками (лат. *actio redhibitoria*), а так же и на ремонт вещей. Такая возможность предусматривается п. 2 ст. 46 ВК.

---

<sup>85</sup> См: <http://www.cisg.ru/content/uncitral/46.pdf>

<sup>86</sup> Ст. 46 п. 1 Конвенции.

<sup>87</sup> <http://www.cisg.ru/content/uncitral/46.pdf>

<sup>88</sup> См. Официальные отчеты Конференции ООН по договорам международной купли-продажи товаров, Вена, 10 марта — 11 апреля 1980 года, Документы Конференции и краткие отчеты пленарных заседаний и главных комитетов, 1981 год, стр. 44, пункт 4.

Покупатель имеет право требовать поставку другого товара (замены товара), поскольку поставленный товар не соответствует договору.<sup>89</sup> Условием реализации такого права, является существование нарушения обязанности продавца, либо наступление существенного нарушения, по смыслу статьи 25 Конвенции.<sup>90</sup> Наряду с этим, требование замены должно быть сделано либо одновременно с уведомлением о несоответствии товара, который покупатель посылает продавцу в соответствии со статьей 39 Конвенции<sup>91</sup>, либо в течение разумного срока после такого уведомления.

В любом случае, покупатель теряет право ссылаться на несоответствие товара, если он не дает продавцу извещения о нем не позднее, чем в пределах двухлетнего срока, считая с момента фактической передачи товара покупателю, поскольку этот срок не противоречит договорному сроку гарантии.

Условие, что покупатель может потребовать замены товара только в случае существенного нарушения контракта, включено в Конвенцию с целью устранения возможности требования замены в случае несоответствия меньшей степени между договоренным и поставленным товаром. Такое положение защищает интерес продавца, которому поставка другого товара может причинить более высокие затраты, чем общий размер возмещения ущерба, в связи с несоответствующей поставкой.<sup>92</sup>

Покупатель имеет права потребовать от продавца устранения недостатков, если товар не соответствует договору, путем исправления, за исключением случаев, когда это является неразумным с учетом всех обстоятельств. Требование об устранении несоответствия товара договору должно быть заявлено либо одновременно с извещением, данным в соответствии со статьей 39, либо в разумный срок после него.

Как и у замены товара, запрос на ремонт надо поставить одновременно с уведомлением о несоответствии товара, либо в течение разумного срока после такого сообщения.<sup>93</sup>

О «разумном характере» ремонта, как о предпосылке пользования этим правом покупателя, можно рассуждать на основании обстоятельств конкретного случая: например, ремонт можно считать неразумным, поскольку он

---

<sup>89</sup> Считается, что несоответствие товара должно быть установлено согласно статье 35 Конвенции и, что включает поставку дефектного товара, либо поставку отличающегося товара (aliud), дефекты в упаковке и поставку товара в недостающем количестве.

<sup>90</sup> «Нарушение договора, допущенное одной из сторон, считается существенным, поскольку им причиняется такой вред другой стороне, который ее в значительной степени лишает того, что она обосновано, ожидала на основании договора, кроме случаев когда нарушившая договор сторона, не предусмотрела такое последствие, а так же ни разумное лицо, действующее в том же качестве при аналогичных обстоятельствах не предвидело бы его».

<sup>91</sup> Покупатель утрачивает право ссылаться на несоответствие товара, если он не дает продавцу извещения, содержащего данные о характере несоответствия, в разумный срок после того, как оно было, или должно было быть обнаружено покупателем (ст. 39 п. 1 Конвенции).

<sup>92</sup> См.: J. Вилус, op.cit, стр. 130.

<sup>93</sup> См.: ст. 46, п. 3 ВК.



причиняет чрезмерные расходы продавцу. В таком случае покупатель в состоянии требовать только возмещения убытков, или снижения цены.

Большое значение для права покупателя требовать от продавца исполнения договорных обязательств, имеет возможность продления срока исполнения. Конвенция (ст. 47) предусматривает два варианта продления срока.

а) покупатель может установить дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения продавцом своих обязательств и

б) за исключением случаев, когда покупатель получил извещение от продавца о том, что он не осуществит исполнения в течение установленного таким образом срока, покупатель не может в течение этого срока прибегать к каким-либо средствам правовой защиты от нарушения договора. Он, однако, не лишается тем самым права требовать возмещения убытков за просрочку в исполнении.

Первая возможность предусмотрена ст. 47 ВК. Покупатель имеет право определить дополнительный срок разумной продолжительности для продавца, с целью исполнения его обязательств. Если покупатель получил извещение от продавца, о том, что он не осуществит исполнения до истечения такого срока, покупатель имеет право в течении этого времени использовать любые средства, предусмотренные за нарушение условий контракта. Однако, при этом, покупатель не теряет право требовать возмещения убытков в случае просрочки продавца. Поскольку дополнительный срок истек, или продавец уже сообщил, что в таком «льготном сроке» не выполнит свои обязанности, покупатель имеет право расторгнуть договор.<sup>94</sup>

Вторая возможность продления срока исполнения предусмотрена ст. 48 Конвенции.

Продавец имеет право, даже после установленной для поставки даты, устранить за свой собственный счет любой недостаток в исполнении им своих обязательств. При этом, он должен сделать это без неразумной задержки, не создавая для покупателя неразумных неудобств или неопределенности в отношении компенсации продавцом расходов, понесенных покупателем. Покупатель, однако, сохраняет право требовать возмещения убытков в соответствии с настоящей Конвенцией.

Если продавец просит покупателя сообщить, примет ли он исполнение, а покупатель не ответит в течение разумного срока, продавец может осуществить исполнение в пределах срока, указанного в его запросе. Покупатель не может в течение этого срока прибегать к какому-либо средству правовой защиты, не совместимому с исполнением обязательства продавцом.

Поскольку продавец извещает покупателя о том, что он осуществит исполнение в пределах определенного срока, считается, что такое извещение включает также просьбу к покупателю известить другую сторону о своем решении в соответствии с предыдущим пунктом.

---

<sup>94</sup> Ст. 49 п. 1 b) Конвенции.

Такое требование или сообщение продавца оказывает действие, только если покупатель получил его (теория приема).<sup>95</sup> Принятие теории приема в этом случае оправдывается фактом, что такое сообщение идет в пользу продавца, и, следовательно, он является тем, кто несет риск его трансмиссии покупателю. В каждом случае покупатель задерживает право требовать возмещение убытков в соответствии с Конвенцией.<sup>96</sup>

### 1.1.2. Право покупателя на снижение цены

Право требования снижения цены является рациональным решением покупателя в ситуации, когда возможность устранения несоответствия исполненных обязательств продавцом, заменой или ремонтом вещей, оказывается нецелесообразной или затрудненной, то есть, когда не существуют предпосылки расторжения контракта. В таком случае для покупателя может быть приемлемым выполнение поставки, которая несоответствует договору, с установлением отношений стоимостной эквивалентности сделанных prestations. Цена понижается в той пропорции, в какой стоимость, которую фактически поставленный товар имел в момент поставки, соотносится со стоимостью, которую на тот же момент имел бы товар, соответствующий контракту купли-продажи.<sup>97</sup> Значит, пропорциональное снижение цены **не является санкцией**. Речь идет о мере установления реальной эквивалентности стоимости в обязанностях взаимных действий продавца и покупателя.

Согласно статье 50 Конвенции если товар не соответствует договору, покупатель имеет право независимо от того, была ли цена уже уплачена, снизить цену в той пропорции, в какой стоимость, которую фактически поставленных товар имел на момент поставки, соотносится со стоимостью, которую на тот же момент имел бы товар, соответствующий договору. Конвенция не определяет, что является местом установления «стоимости товара, соответствующего договору» во время поставки, что является основой определения размера снижения цены. Теория считает, что реализация права покупателя на уменьшение цены зависит от стоимости товара в месте поставки.<sup>98</sup>

Право покупателя требовать уменьшения цены в режиме ВК имеет два ограничения. Во-первых, покупатель имеет право на снижение цены только в случае несоответствия товара. В теории существуют мнения, о том, что покупатель, несмотря на «молчание» Конвенции, имеет право на снижение цены в случае, когда существуют права третьих лиц в отношении товара, основанные на промышленной, или какой-нибудь другой интеллектуальной собственности. Проблемой является отсутствие в ВК способа определения размера снижения цены, причиной которого, являются такие «дефекты». Этот вопрос не регули-

---

<sup>95</sup> См.: ст. 48 п. 4 Конвенции.

<sup>96</sup> Ст. 48 п. 1 Конвенции.

<sup>97</sup> Об этом: В. Стойльковић, *op.cit.*, s. 168.

<sup>98</sup> P. *Schlechtriem*, *Uniform Sales Law-The UN — Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986, p. 77.

рует Конвенция, имея в виду то, что на Конференции в Вене не было согласия для его адекватного решения.<sup>99</sup> Во-вторых, покупатель не имеет права требовать уменьшения цены, поскольку продавец устранил несоответствие товара в соответствии с Конвенцией<sup>100</sup>. Считается, что исправлением недостатков товара продавцом, покупатель получил то, что предусмотрено контрактом.<sup>101</sup>

### 1.1.3. Право покупателя расторгнуть договор

В случае нарушения контракта продавцом, покупатель может, по крайней мере, расторгнуть контракт. Конвенция различает две ситуации.

В-первых, покупатель имеет право расторгнуть контракт, когда товар не поставлен:

а) если на основании договора или Конвенции невыполнение такой обязанности продавца является существенным невыполнением контракта, или

б) поскольку продавец не поставил товар в дополнительный срок, установленный покупателем для исполнения продавцом своих обязательств, или сообщил, что он не поставит товар, в такой срок.<sup>102</sup> В этом случае право на расторжение контракта не подразумевает наличия существенного нарушения контракта, а последствия неисполнения обязанности продавца в течение дополнительного срока уравниваются с последствиями такого нарушения.<sup>103</sup>

Во-вторых, право на расторжение контракта ограничивается в случаях, когда продавец поставил товар. То есть, покупатель теряет право на расторжение контракта, когда товар поставлен, если он не требовал расторжения:

а) в разумном сроке по отношению к опоздавшей поставке, считая от момента, когда он узнал, что поставка реализована;

б) по отношению к любому другому нарушению, кроме задержки поставки, после истечения дополнительного срока, определенного покупателем для реализации поставки, или после сообщения продавца, что он не выполнит свои обязанности в добавочном сроке<sup>104</sup>.

Такое право покупателю принадлежит и после истечения каждого дополнительного срока, который определил продавец после истечения первоначально договоренного срока поставки, или после сообщения покупателя, что он не согласится с реализацией, таким способом, определенному сроку.<sup>105</sup>

Конвенция не предусматривает автоматическое расторжение контракта. Покупатель, и когда имеет право расторгнуть контракт, должен об этом уведомить другую сторону в разумном сроке.<sup>106</sup>

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>100</sup> См.: Ст. 50 в связи со статьями 37 и 48 Конвенции.

<sup>101</sup> J. Вилус, *op.cit*, s. 136.

<sup>102</sup> Ст. 49 п. 1 в связи со статьей 47 Конвенции.

<sup>103</sup> В. Канор, Систем санкција за повреду уговора у нацрту Конвенције о међународној продаји робе, «Страни правни живот», 1976, стр. 40. На основании: J. Вилус, *op. cit*, стр.135.

<sup>104</sup> См. ст. 49 п. 2 б), в связи с статьей 47 Конвенции.

<sup>105</sup> Ст. 49. п. 2 б, III) в связи с ст. 48 ВК.

<sup>106</sup> J. Вилус, *op.cit*, s. 135.

Покупатель не имеет право расторгнуть контракт, поскольку он не находится в состоянии вернуть товар в одинаковом состоянии, в котором он его получил.<sup>107</sup> Предпосылкой расторжения контракта является и сообщение покупателя продавцу о несоответствии товара, в соответствии со статьей 39 Конвенции. Покупатель должен отправить сообщение в разумном сроке после проверки товара, то есть, не позднее двухлетнего срока, считая со дня реальной передачи товара покупателю. В любом случае покупатель утрачивает право ссылаться на несоответствие товара, если он не дает продавцу извещения о нем не позднее, чем в пределах двухлетнего срока, считая с момента фактической передачи товара покупателю, поскольку этот срок не противоречит договорному сроку гарантии (ст. 39 п. 2 Конвенции).

Особенные правила применяются для расторжения договора, когда речь идет о контракте поставки отдельными партиями. Право покупателя расторгнуть контракт из-за нарушения поставки отдельными партиями, позволяет ему расторгнуть контракт в отношении к невыполнению продавцом одной из конкретных партий, поскольку невыполнение такой поставки является существенным нарушением контракта.<sup>108</sup> Невыполнение обязанностей продавца по отношению к одной партии товара может инициировать нарушение обязанности по отношению к следующим поставкам. Если покупатель может обосновано, в случае нарушения реализации одной из партий, сделать вывод, что случится существенное нарушение обязанности продавца по отношению к будущим поставкам, он может в разумном сроке заявить, что расторгает контракт в отношении будущих поставках.<sup>109</sup>

Покупатель имеет право, из-за нарушения обязанности продавца в отношении к одной партии поставки, расторгнуть контракт и в отношении уже поставленных или подлежащих поставке партий товара, если по причине и взаимосвязи они не могут быть использованы для цели, предполагавшейся сторонами в момент заключения контракта.<sup>110</sup>

Возможность покупателя расторгнуть контракт и в отношении к уже полученным поставкам является оправданной, как в случаях поставки «технически интегрированного товара» (оборудования, сооружения и т.д.), так и в определенных экономических обстоятельствах (например, когда поставки сырья должны быть одинакового соответственного качества, чтобы выполнить цель приобретения товара).<sup>111</sup>

## **1.2. Правовые средства продавца в случае нарушения договора покупателем**

Средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении продавца, пострадавшего в результате нарушения договора покупателем, рассматриваются в раз-

---

<sup>107</sup> Ст. 82 п. 1 Конвенции.

<sup>108</sup> См.: ст. 73 п. 1 Конвенции.

<sup>109</sup> Ст. 73 п. 2 ВК.

<sup>110</sup> См.: ст. 73 п. 3 Конвенции.

<sup>111</sup> См.: Комментарий ВК, с. 168.

деле III главы III части III Конвенции. В первом положении данного раздела, статье 61, перечисляются эти средства защиты, и санкционируется использование их понесшим ущерб продавцом. Остальные положения раздела посвящены конкретным средствам правовой защиты или необходимым условиям использования этих средств: праву продавца требовать от покупателя исполнения обязательств по договору (статья 62), праву продавца установить дополнительный срок для исполнения покупателем своих обязательств (статья 63), праву продавца на расторжение договора (статья 64) и праву продавца составлять спецификации товара, если покупатель не сделает этого в согласованный срок (статья 65).

Поскольку покупатель не выполнит любую свою обязанность, обоснованную на контракте или на непосредственном применении Конвенции, продавец имеет права требовать выполнения обязанностей покупателя, или расторгнуть контракт.<sup>112</sup>

Продавец имеет особенные права в случае, когда покупатель не выполнил обязанность спецификации товара в определенном сроке, то есть пропустил определить форму, меры или другие признаки товара.<sup>113</sup> Наряду с этим, продавец может требовать и возмещение убытков.<sup>114</sup>

ВК категорично исключает право судов и арбитраж продлить срок исполнения обязанностей продавцу, если покупатель прибегает к какому — либо средству правовой защиты от нарушения договора.<sup>115</sup>

#### *1.2.1. Право продавца требовать исполнения договора*

Продавец имеет право требовать от покупателя исполнение договорных обязанностей: принятие поставки; оплату цены и выполнение других обязанностей. Единственным ограничением права продавца требовать осуществления контракта является его выбор правового средства, которое противоположно по отношению к требованию осуществления контракта (например, поскольку продавец требовал расторжение контракта, он не может требовать и его выполнение).<sup>116</sup>

С целью сохранения контракта, то есть предотвращения его расторжения, Конвенция уполномочивает продавца установить покупателю дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения покупателем принятых обязательств. Продавец не может пользоваться до истечения этого разумного срока любым средством, предусмотренным в случае нарушения контракта, включая и право на его расторжение. Однако он не теряет право на возмещение убытков. Исключением из этого ограничения права продавца расторгнуть контракт является случай, когда он от покупателя получил сообщение, что покупатель не выполнит свои обязанности в сроке, который ему доба-

---

<sup>112</sup> Ст. 61 п. 1 в связи с статьями 62 и 63 Конвенции.

<sup>113</sup> Ст. 65 Конвенции.

<sup>114</sup> См. ст. 61 п. 2 в связи с статьями 74–77 Конвенции.

<sup>115</sup> Сравнить ст. 61 п. 3 и ст. 45 п. 3 ВК.

<sup>116</sup> Ст. 62 Конвенции.

вочно предоставлен. Тогда вновь активируется право продавца пользоваться правовыми средствами, которые ему стоят в распоряжении в случае нарушения контракта покупателем, включая и право на расторжение контракта.<sup>117</sup>

### *1.2.2. Право продавца расторгнуть договор*

ВК предусматривает право продавца расторгнуть контракт о продаже товара в следующих случаях:

В-первых, когда невыполнение любой из обязанностей покупателя (обоснованной на контракте или Конвенции) является существенным нарушением контракта в смысле статьи 25 ВК.<sup>118</sup> Существенное нарушение покупателем, дающее право продавцу расторгнуть контракт, существует, например, когда покупатель опаздывает с оплатой, а продавец из-за инфляции на своем рынке терпит убытки, которые приводят «существенному лишению» ожидаемой пользы от контракта.<sup>119</sup> По отношению к нарушению обязанности приемки поставки покупателем, это нарушение было бы существенным, а продавец имел бы право расторгнуть контракт, поскольку необходимо опорожнить склад, чтобы принять новый товар. Поскольку покупатель не принял поставку вовремя, продавец не в состоянии реализовать приемку нового товара из-за недостатка складского помещения покупателя, что является обстоятельством, которое, вместе с исполнением других условий существования существенного нарушения, дает ему право расторгнуть контракт.<sup>120</sup>

Во-вторых, продавец имеет право на расторжение, когда на основании контракта невозможно утвердить является ли нарушение договорной обязанности покупателя существенным в смысле Конвенции. Поэтому продавец, с целью отстранения недоразумений по отношению к характеру нарушения обязанности покупателя (существенное или несущественное нарушение), может дать дополнительный срок покупателю для исполнения контракта.<sup>121</sup> Поскольку покупатель не выполнит свою обязанность в дополнительном сроке, определенном продавцом, или предварительно сообщит, что не выполнит свою обязанность в таком сроке, продавец имеет право расторгнуть контракт.

Значимым ограничением права продавца на расторжение контракта является правило, на основании которого продавец теряет такое право в случае, когда покупатель платил цену. Лишение права продавца изъять расторжение контракта не является безусловным. Но, в определенных обстоятельствах, продавец может расторгнуть контракт, даже и в случае, когда покупатель платил цену. Эти условия различаются в зависимости от типа нарушения контракта покупателем.

Продавец может заявить о расторжении договора и в случае:

а) если неисполнение покупателем любого из его обязательств по договору или по настоящей Конвенции составляет существенное нарушение договора; или

---

<sup>117</sup> См.: ст. 63 п. 1 и 2 Конвенции.

<sup>118</sup> Ст. 64 п. 1а) Конвенции.

<sup>119</sup> См. предыдущее изложение о существенном нарушении контракта.

<sup>120</sup> Примеры, приведенные на основании: P. Schlechtriem, *op.cit.*, p. 84.

<sup>121</sup> Ст. 64 п. 1 б) в связи со статьей 63 п. 2 ВК.

б) если покупатель не исполняет в течение дополнительного срока, установленного продавцом в соответствии с пунктом 1 статьи 63, своего обязательства уплатить цену или принять поставку товара, или заявляет о том, что он не сделает этого в течение установленного таким образом срока.

Однако в случаях, когда покупатель уплатил цену, продавец утрачивает право заявить о расторжении договора, если он не сделает этого:

а) в отношении просрочки исполнения со стороны покупателя — до того, как продавец узнал о состоявшемся исполнении; или

б) в отношении любого другого нарушения договора помимо просрочки в исполнении — в течение разумного срока:

аа) после того, как он узнал, или должен был узнать о таком нарушении, или

аб) после истечения дополнительного срока, установленного продавцом в соответствии с пунктом 1 статьи 63, или после того, как покупатель заявил, что не исполнит своих обязательств в течение такого дополнительного срока.<sup>122</sup>

Временное ограничение права продавца на расторжение контракта в случае, когда цена оплачена, а покупатель повредил свою договорную обязанность, содержащее в требовании чтобы продавец изъявил расторжение в «разумном сроке», оправдывается требованием защиты права покупателя. То есть, когда покупатель пропустил выполнить свою обязанность в добавочном сроке, определенном продавцом, продавец не может неограниченно отсрочивать решение о расторжении договора. В таком случае он бы был в состоянии следить за развитием рынка и расторгнуть контракт, в самом благоприятном моменте исходя из собственных интересов. С целью предотвращения таких и подобных ситуаций, продавец должен выясниться о расторжении в «разумном сроке» после возникновения обстоятельств, оправдывающих такую меру.<sup>123</sup>

### *1.2.3. Права продавца в случае неисполнения обязанности покупателя на спецификацию товара*

Если по контракту покупатель должен определить форму, меры, или другие признаки товара (спецификация товара), а спецификацию не сделал до договоренной даты, или до истечения разумного срока с момента получения такого требования со стороны продавца, продавец может сам сделать такую спецификацию в соответствии с требованиями покупателя, которые могли быть ему известными.<sup>124</sup>

Поскольку продавец сам сделал спецификацию, он должен уведомить покупателя о ее подробностях и определить ему разумный срок, в котором покупатель может сделать другую спецификацию. Если покупатель, поскольку получил такое сообщение продавца, это не делает в рамках таким способом определенном сроке, спецификация продавца становится обязательной для

---

<sup>122</sup> Ст. 64 п. 2 б) Конвенции.

<sup>123</sup> См.: P. Schlechtriem, *op.cit.*, p. 84.

<sup>124</sup> Ст. 65 п. 1 Конвенции.



покупателя.<sup>125</sup> Невыполнение обязанности покупателя сделать спецификацию, в теории уподобляется нарушению обязанности покупателя принять поставку.<sup>126</sup> Важно подчеркнуть, что продавец, который пользовался правом самостоятельно сделать спецификацию, не теряет возможность пользоваться другими правами, которые ему в распоряжении (требование выполнения, или расторжения контракта). Так, поскольку невыполнение спецификации покупателем является существенным нарушением контракта, продавец может его расторгнуть и требовать возмещение убытков.

\* \* \*

Центральной проблемой любого договорного отношения является неисполнение, или ненадлежащее исполнение договорных обязательств. Венская Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года сильно повлияла на регулирование вопросов ответственности сторон за нарушение обязательств по договору международной купли-продажи товаров. Значимость результатов настоящего исследования отражается в практическом и теоретическом анализе прав сторон на применение отдельных средств защиты их интересов в правовом режиме Венской конвенции.

---

<sup>125</sup> Ст. 65 п. 2 Конвенции.

<sup>126</sup> См.: J. Вилус, Комментарий ВК, стр. 157–158.

## **СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ВІДЕНСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ. ВИКЛЮЧЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ВІДЕНСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ: ПРАВАЗАСТОСОВЧА ПРАКТИКА**

*Кравчук Геннадій (Україна)*

*кандидат юридичних наук, заступник Голови Вищого господарського суду України,  
Заслужений юрист України*

З поміж договірних форм зовнішньоекономічної діяльності однією з найпоширеніших був і залишається міжнародний договір купівлі-продажу.

Існування у національних законодавствах країн різних підходів до правового регулювання відносин, що виникають в сфері міжнародної купівлі-продажу товарів, інтенсифікація зовнішньоекономічної діяльності та інтеграційні процеси в світі, обумовили потребу в уніфікації правового регулювання цих відносин на наднаціональному рівні.

Результатом такої уніфікації стало розроблення та підписання Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 року (далі — Віденська конвенція, Конвенція), яка набула широкого визнання у світі (на сьогодні її учасниками є 83 країни) та стала своєрідним компромісом в підходах до регулювання договорів купівлі-продажу в континентальній та англо-американській системах права.

Універсальність Віденської конвенції пов'язана з: використанням у ній нейтральної термінології; диспозитивністю переважної більшості її норм, а відтак і широкої можливості сторін відійти від її приписів; закріпленням у ній правила, відповідно до якого, питання, що стосуються предмета регулювання Конвенції, однак не вирішені в ній, підлягають вирішенню згідно із загальними принципами, на яких вона ґрунтується.

Питання щодо сфери застосування та виключення застосування Віденської конвенції врегульовано главою 1 частини 1. У статтях 1-3 окреслюється коло договорів до яких застосовуються та до яких не застосовуються положення Конвенції. Статті 4 та 5 присвячені низці питань, які регулюються та які не регулюються Конвенцією. Положення щодо виключення застосування конвенції містяться у статті 6. При цьому слід відзначити, що на визначену у статтях 1–6 загальну сферу застосованості Конвенції можуть мати вплив окремі норми, що містяться в її заключних положеннях (частина 4 Конвенції).

**Відповідно до статті 1 Віденської конвенції ця Конвенція застосовується до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах:**

- а) коли ці держави є Договірними державами; або**
- б) коли згідно з нормами міжнародного приватного права застосовано право Договірної держави.**

Та обставина, що комерційні підприємства сторін розміщені в різних державах, не береться до уваги, якщо це не впливає ні з договору, ні з ді-

лових відносин або обміну інформацією між сторонами, що мали місце до чи в момент його укладення.

**Ні національна належність сторін, ні їх цивільний чи торговельний статус, ні цивільний чи торговельний характер договору не беруться до уваги при визначенні застосовності цієї Конвенції.**

Слід відзначити, що Віденська конвенція не застосовується до будь-якого договору міжнародної купівлі-продажу. В статті 1 Конвенції сформульовано основоположні критерії, дотримання яких є необхідними для поширення її дії на відповідний договір.

Перебування комерційних підприємств сторін договору у різних державах має визначальне значення для визнання **міжнародного характеру договору за Віденською конвенцією як першого критерію її застосування.**

Сама Конвенція не містить визначення поняття «комерційне підприємство сторони», однак аналіз окремих її положень та правозастосовча практика свідчить про те, що цей термін характеризує не суб'єкт права, а місце (державу) основної діяльності сторони договору.

Надаючи оцінку обставинам такої діяльності, суди у переважній більшості виходять з того, що вона має відбуватись на постійній основі, а не мати одиноразовий характер (рішення від 02.04.2009 Вищого земельного суду, Хамм, Німеччина [7]; рішення від 11.12.2008 Суду міста Форлі, Італія [8]; рішення у справі №9781 Арбітражного суду МТП, Франція[9]). Місце укладення договору у даному випадку не матиме вирішального значення у вирішенні питань щодо місця перебування комерційного підприємства сторони, як і не має такого значення місце проведення переговорів щодо його укладення, або місце знаходження товару, що є предметом купівлі-продажу.

Перебування комерційних підприємств сторін договору у одній державі виключає застосування Конвенції навіть у випадку, коли сторони договору мають різну державну приналежність, оскільки відповідно до п. 3 статті 1 Конвенції такий критерій не приймається до уваги при визначенні її застосовності.

Виходячи з приписів п. 2 статті 1 Конвенції у вирішенні питань щодо застосовності Конвенції судами враховується те, що про міжнародний характер договору купівлі-продажу, окрім його суб'єктного складу мають також свідчити відносини, що виникли між сторонами у зв'язку з його укладенням (рішення від 16.02.2009 Суду міста Форлі[10], Італія, рішення у справі 45055/2009 Афіньського колегіального окружного суду першої інстанції, Греція[11]).

Однак, міжнародний характер договору купівлі-продажу товарів ще не свідчить про обов'язкову застосованість до нього Віденської конвенції, оскільки згідно з п. 1 статті 1 Конвенції комерційні підприємства сторін, що уклали такий договір, або повинні перебувати у різних Договірних державах (пп. «а» п. 1 статті 1), або в силу норм міжнародного приватного права підлягає застосуванню право Договірної держави (пп. «б» п. 1 статті 1).

**Для застосування Віденської конвенції до договору міжнародної купівлі-продажу на підставі пп. «а» п. 1 статті 1 комерційні підприємства сторін та-**

кого договору повинні перебувати в Договірних державах. У такому випадку Конвенція застосовується без окремого звернення до норм міжнародного приватного права країни суду.

Якщо в Договірній державі перебуває комерційне підприємство лише однієї зі сторін договору (або жодне з них), **Віденська конвенція може підлягати застосуванню в порядку пп. «б» п. 1 статті 1** на підставі норм міжнародного приватного права як у випадку обрання сторонами договору права держави, яка є Договірною, в силу автономії волі, так і у випадку застосування колізійних норм, які до неї відсилають.

При цьому у вирішенні питання щодо застосованості Конвенції до договору на підставі п. 1 статті 1 необхідно враховувати виключення застосування цього пункту, що містяться в заключних положеннях Конвенції (частина 4).

Зокрема, в силу положень п. 1 статті 93 Віденської конвенції Договірна держава, яка має дві чи більше територіальні одиниці, в яких згідно з її конституцією застосовуються різні системи права з питань, які є предметом регулювання Конвенції, може в момент підписання, ратифікації, прийняття, схвалення або приєднання заявити, що ця Конвенція поширюється лише на частину її територіальних одиниць.

Прикладом такої Договірної держави може слугувати Канада, яка поетапно поширювала дію Віденської конвенції на свої територіальні одиниці. У такому випадку, якщо комерційне підприємство однієї зі сторін договору перебуває у такій територіальній одиниці, дія Віденської конвенції на підставі пп. «а» п. 1 статті 1 застосуванню не підлягає.

Однак, правозастосовча практика не має однастайності у питанні поширення дії Конвенції на територіальні одиниці Договірної держави, щодо яких цією державою не поширено дію Конвенції. Так, в одних випадках суди визнають застосування Конвенції (*рішення від 23.12.2009 Федерального окружного суду США, Східний округ штату Арканзас, США [12]; рішення від 03.09.2008 Федерального окружного суду США, Північний округ штату Іллінойс, США [13]*), в інших — ні (*рішення від 20.10.2010 Федерального окружного суду США, Східний округ штату Теннессі, США [14]; рішення від 17.12.2009 Федерального окружного суду США, Північний округ штату Джорджія, США [15]*).

Стаття 95 Віденської конвенції надає право державі-учаснику виключити застосування Конвенції на підставі пп. «б» п. 1 статті 1. При цьому таке виключення жодним чином не впливає на застосування Конвенції відповідно до приписів пп. «а» п. 1 статті 1. Наразі про незастосування Конвенції на підставі пп. «б» п. 1 статті 1 в порядку статті 95 заявили сім держав-учасниць. Німеччина заявила про незастосування Конвенції на підставі пп. «б» п. 1 статті 1 лише щодо держав, які скористались таким правом.

За приписами статті 92 Віденської конвенції під час підписання, ратифікації, прийняття, схвалення або приєднання Договірна держава може заявити, що вона не буде зв'язана частиною II цієї Конвенції або що вона не буде зв'язана частиною III цієї Конвенції. Договірна держава, що зробила таку заяву, не вва-

жається Договірною державою в розумінні п. 1 статті 1 Конвенції щодо питань, врегульованих тією частиною Конвенції, на яку поширюється ця заява.

Окрім того, у вирішенні питань про застосування Віденської конвенції на підставі п. 1 статті 1 необхідно також враховувати положення статті 99, якою визначається момент, коли держава-учасник Конвенції набуває статусу Договірної держави, а також статті 100, якою врегульовано застосування Конвенції у часі.

**Згідно зі статтею 2 Віденської конвенції вона не підлягає застосуванню до продажу:**

**а) товарів, придбаних для особистого, сімейного чи домашнього використання, крім випадків, коли продавець у будь-який час до чи в момент укладення договору не знав і не міг знати, що товари придбані для такого використання;**

**б) з аукціону;**

**с) у порядку виконавчого провадження чи іншим чином згідно із законом;**

**д) фондових паперів, акцій, забезпечувальних паперів, оборотних документів та грошей;**

**е) суден водного й повітряного транспорту, а також суден на повітряній подушці;**

**ф) електроенергії.**

Встановлені статтею 2 Віденської конвенції обмеження у її застосуванні щодо окремих видів купівлі-продажу можна згрупувати за трьома критеріями:

- метою придбання товару;
- характером укладеної угоди;
- за об'єктом купівлі-продажу.

У правозастосуванні положень статті 2 Віденської конвенції суди дійшли сталої позиції про те, що поширення хоча б одного із встановлених цією статтею обмежень на купівлю-продаж в будь-якому випадку виключає застосування Конвенції до такого договору (*рішення від 29.05.2009 Федерального окружного суду США, Південний округ штату Нью-Йорк, США [16]; рішення від 14.01.2009 Вищого земельного суду, Мюнхен, Німеччина [17]*).

Сама Конвенція не визначає змісту поняття «товар», однак, аналіз окремих її положень та правозастосовчої практики дозволяє дійти висновку про те, що у розумінні Конвенції товаром є саме матеріальні об'єкти — рухоме майно (*рішення від 16.02.2009 Суду міста Форлі, Італія [18]*). Нематеріальні об'єкти, у тому числі майнові права, за змістом Конвенції не є товаром.

У з'ясуванні обставин того чи поширюються обмеження, встановлені п. «а» статті 2 на конкретний договір міжнародної купівлі-продажу, істотне значення у даному випадку має саме намір покупця на момент укладення договору, а не фактичне використання товару в подальшому чи його загальне цільове призначення. Питання щодо ймовірної обізнаності продавця з метою купівлі товару покупцем можуть досліджуватися судами з урахуванням характеру товару (*рішення від 02.04.2009 Вищого земельного суду, Хамм, Німеччина*), його

кількості, місця доставки (рішення від 03.11.2004 Суду кантону Юра, Швейцарія [19]). При цьому положення Конвенції не покладають на продавця обов'язку з'ясовувати у покупця мету придбання товару (рішення від 02.04.2009 Вищого земельного суду, Хамм, Німеччина), у зв'язку із чим, у вирішенні питання щодо поширення або непоширення на купівлю-продаж встановлених п. «а» статті 2 Конвенції обмежень, необхідно виходити з конкретних обставин справи.

Обмеження у застосуванні Віденської конвенції, встановлені у п. п. «b», «c», «d», «f» статті 2 обумовлені наявністю спеціального законодавства та значної кількості імперативних норм, що регулюють відносини купівлі-продажу таких об'єктів на рівні національних законодавств різних держав.

В силу п. «e» статті 2 положення Конвенції не застосовуються до купівлі-продажу суден водного й повітряного транспорту, а також суден на повітряній подушці. Виключення із сфери застосування Конвенції транспортних засобів пов'язане з тим, що вони підлягають державній реєстрації, що значно ускладнює їх купівлю-продаж, тоді як в окремих країнах на них також поширюється правовий режим нерухомого майна, купівля-продаж якого не регулюється Конвенцією [3].

**Відповідно до статті 3 Віденської конвенції договори на поставку товарів, які потребують подальшого виготовлення або виробництва, вважаються договорами купівлі-продажу, якщо сторона, що замовляє товар, не бере на себе зобов'язання поставити істотну частину матеріалів, необхідних для виготовлення або виробництва таких товарів.**

**Ця конвенція не застосовується до договорів, у яких зафіксовано, що зобов'язання сторони, яка поставляє товар, полягають переважно у виконанні роботи або наданні інших послуг.**

Встановлені у даній статті обмеження у застосуванні Конвенції направлені перш за все на відмежування договору міжнародної купівлі-продажу від суміжних договорів, а також врегулювання питань застосованості Конвенції до змішаних договорів, одним з елементів яких є купівля-продаж.

Договори поставки товарів на замовлення, тобто такі, які потребують певного проміжку часу на виготовлення об'єкту купівлі-продажу є широко розповсюдженими та підпадають під регулювання Віденської конвенції, про що свідчить усталена судова практика. Разом із тим, встановлене в п. 1 обмеження у застосуванні Конвенції залежить від закріпленого у ньому оціночного поняття «істотності» частини матеріалів, необхідних для виготовлення або виробництва товару, що купується.

У вирішенні питання застосованості Віденської конвенції до таких договорів окремі суди виходили як із кількісних показників — надання більше половини необхідних матеріалів (рішення від 08.04.1999 Комерційного суду кантону Цюрих, Швейцарія [20]), так і якісних, тобто надання таких матеріалів, без яких такий товар просто неможливо виготовити, наприклад необхідних креслень або проектної документації (рішення від 25.05.1993 Апеляційного суду міста Шамбері, Франція [21]). Хоча проектну документацію навряд чи можна



віднести до матеріалів в розумінні п. 1 статті 3, що також підтверджується наявністю відповідних судових рішень (*рішення від 10.02.1999 Комерційного суду кантону Цюрих, Швейцарія [22]*).

З'ясовуючи питання щодо поширення обмежень, визначених п. 2 статті 3 Віденської конвенції на змішані договори, якими крім безпосередньої поставки товару передбачено виконання робіт або надання послуг, ключовим є належає з'ясування змісту обов'язків продавця.

В таких договорах виконання робіт або надання послуг може бути обумовлене необхідністю збирання або монтажу поставленого товару, його технічного обслуговування тощо, що в переважній більшості випадків має допоміжний характер до основного зобов'язання з поставки товару, у зв'язку з чим обмеження до цих договорів не застосовуються.

В окремих випадках судами здійснювалось співвідношення економічної цінності об'єкту поставки з виконаними роботами та наданими послугами (*рішення від 03.03.2009 Вищого суду кантону Аргау, Швейцарія [23]*; *рішення від 14.11.2008 Апеляційного суду міста Гент, Бельгія [24]*). За змістом п. 2 статті 3 можна цілком погодитись із правозастосовчою практикою, в якій поняття «переважно» судами розцінювалось як більше половини від вартості зобов'язання продавця.

Тягар доведення обставин переваги робіт або послуг у договорі поставки лягає на сторону, яка посилається на п. 2 статті 3 як на підставу для незастосування Конвенції (*рішення від 20.12.2007 Вищого земельного суду, Ольденбург, Німеччина [25]*).

**За приписами статті 4 Віденської конвенції вона регулює тільки укладення договорів купівлі-продажу та ті права й зобов'язання продавця і покупця, які випливають з такого договору. Зокрема, оскільки інше не передбачено Конвенцією, вона не стосується:**

**а) дійсності самого договору, чи яких-небудь його положень, чи будь-якого звичаю;**

**б) наслідків, які може мати договір щодо права власності на проданий товар.**

Вказаною статтею окреслено коло питань щодо яких підлягають застосуванню положення Конвенції, а також надано невичерпний перелік питань, які віднесено до регулювання права держави, до якої відсилають колізійні норми.

Слід відзначити, що навіть ті питання, які статтею 4 віднесено до сфери застосування Конвенції залишаються до кінця нею неврегульованими. Зокрема, в частині укладення договорів Конвенція містить лише загальні вимоги, залишаючи регулювання решти питань укладення, умов дійсності та ін. внутрішньому праву.

**В силу положень статті 5 Віденської конвенції вона не застосовується щодо відповідальності продавця за завдану товаром шкоду здоров'ю особи або смерть.**

У даному випадку обмеження застосування Конвенції стосується як шкоди, завданої покупцю товару, так і шкоди, завданої третій особі.



**Стаття 6 Віденської конвенції закріпила право сторін виключати застосування Конвенції або, за умови додержання статті 12, відступати від будь-якого з її положень чи змінювати його.**

Аналіз цієї статті Конвенції, а також правозастосовчої практики дозволяє дійти висновку про те, що нею передбачено два окремих права сторін договору, а саме:

- 1) права на повне або часткове виключення застосування Конвенції, у реалізації якого сторони не обмежені;
- 2) права на відступ від положень Конвенції чи їх зміну, яке обмежене приписами статті 12 Конвенції.

Встановлення у Конвенції таких широких прав сторін щодо порядку її застосування закріпило принцип автономності сторін в правовому регулюванні відносин міжнародної купівлі-продажу. Окрім того відсутність виключення у застосуванні Конвенції або відступу від її положень фактично становить ще один критерій її застосованості, оскільки судова практика виходить з необхідності у кожному конкретному випадку з'ясувати обставини того чи сторони не виключили або не відступили від того чи іншого положення Конвенції (*рішення від 15.01.2010 Суду кантону Санкт-Галлен, Швейцарія [26]; рішення від 02.04.2009 Вищого земельного суду, Хамм, Німеччина [27]; рішення від 16.01.2009 Суду міста Бреда, Нідерланди [28]*).

Єдине формалізоване обмеження на відступ сторін від положень Конвенції полягає у тому, що якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін договору, який регулюється Конвенцією, перебуває в Договірній державі, яка зробила застереження в порядку статті 96 щодо обов'язковості письмової форми укладення, зміни або припинення договору, то сторони не можуть відступити від таких вимог.

Між тим, хоча Конвенція більше не містить обмежень щодо відступу або зміни дії її положень, вбачається, що сторони не можуть відступати або змінити приписи Конвенції, що відносяться до норм міжнародного публічного права (*рішення від 11.01.2005 Суду міста Падуя, Італія [29]*).

Усталена судова практика свідчить про те, що згоду на повне або часткове виключення застосування Віденської конвенції має бути чітко виражено сторонами договору, наприклад шляхом прямої вказівки про це в договорі. Це обумовлюється метою не допустити безпідставного виключення застосування Конвенції в силу неможливості однозначного встановлення дійсної волі сторін.

Однак в окремих випадках суди виходили з того, що для незастосування Конвенції достатньо вказівки в договорі на вибір норми права (*рішення від 21.01.2010 Федерального окружного суду США, Східний округ штату Каліфорнія, США [30]*) або простого заперечення однієї зі сторін договору проти її застосування (*рішення від 17.05.2007 Шанхайського народного суду вищої інстанції, КНР [31]*).

Тягар доведення наявності згоди сторін на виключення застосування Віденської конвенції несе сторона, яка посилається на виключення (*рішення від 23.01.2006 Вищого земельного суду, Линц, Австрія [32]*).

У практиці міжнародної торгівлі існують способи неявного виключення застосування Віденської конвенції, зокрема шляхом обрання сторонами для регулювання договору права держави, що не є Договірною державою (рішення від 23.01.2006 Вищого земельного суду, Линц, Австрія [32]) або шляхом вибору сторонами для регулювання договору виключно внутрішнього права однієї з Договірних держав (рішення від 29.05.2009 Федерального окружного суду США, Південний округ штату Нью-Йорк, США [33]). При цьому посилення сторін під час вирішення спору виключно на норми внутрішнього права саме по собі ще не свідчить про наявність між ними згоди про виключення застосування Віденської конвенції (рішення від 22.09.2008 Верховного суду Чилі [34]; рішення від 23.10.2006 Земельного суду, Бамберг, Німеччина [35]).

Підсумовуючи вищевикладене, беручи до уваги положення Віденської конвенції щодо її застосування до відносин міжнародної купівлі-продажу товарів та практику судів щодо застосування вказаної Конвенції слід відмітити, що сторонам надано досить широку автономію не дотримуватись окремих положень Конвенції (виключати застосування, відступати чи змінювати положення Конвенції) в разі поширення її дії на правовідносини в силу її загальних норм. Самі норми Віденської конвенції, що регулюють сферу її застосування, судами в окремих випадках трактуються неоднозначно і є предметом аналізу суддями в контексті конкретних обставин, суті правовідносин сторін та змагальності процесу.

Але при цьому важко переоцінити роль Віденської конвенції в уніфікації правового регулювання відносин суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності у сфері купівлі-продажу, до якої за 35 років її існування приєдналися 83 держави, що є прямим наслідком компромісності та універсальності норм Конвенції в контексті адаптації до різних правових систем світу і зручності її використання.

### **Використані матеріали**

1. Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань : монографія / І. А. Діковська. — К. : Юрінком Інтер, 2014. — 464 с. — ISBN 978-966-667-610-1.
2. Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизийное регулирование / В.А. Канашевский. — М.: Волтерс Клувер, 2008. 608 с. — ISBN 978-5-466-00342-0 (в пер.).
3. Коссак В.М. Проблеми застосування Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу 1980 р. / Юридичний журнал «Право України» (україномовна версія) 7/2013.
4. Подцерковний О.П. Розгляд зовнішньоекономічних спорів у комерційних арбітражах і морських арбітражних комісіях : зб. наук. пр. / ред.: О. П. Подцерковного; Національний університет «Одеська юридична академія», Південний регіональний центр Національної академії правових наук України. — О.: Фенікс, 2012. — 180 с. — ISBN 978-966-438-668-2.
5. Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. — М.: «Статут», 1998. — 212 с.

6. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий / под. ред. А.С. Комарова. М., 1994.
7. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>.
8. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html>.
9. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/009781i1.html>.
10. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>.
11. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html#ii2>.
12. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091223u1.html>.
13. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080903u1.html>.
14. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/101020u1.html>.
15. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091217u1.html>.
16. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090529u1.html>.
17. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090114g1.html>.
18. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>.
19. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041103s1.html>.
20. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout\\_case\\_325\\_leg-1548.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_325_leg-1548.html).
21. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout\\_case\\_157\\_leg-1358.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_157_leg-1358.html).
22. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout\\_case\\_331\\_leg-1555.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_331_leg-1555.html).
23. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2013.pdf>.
24. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081114b1.html>.
25. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071220g1.html>.
26. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2159.pdf>.
27. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>.
28. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090116n1.html>.
29. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout\\_case\\_651\\_leg-2048.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_651_leg-2048.html).
30. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html#iii>.
31. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070517c1.html>.
32. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>.
33. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090529u1.html#iii>.
34. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080922ch.html>.
35. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061023g1.html>.

## ДОГОВІР ПОСТАВКИ ЯК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДЕНСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ 1980 РОКУ

(тези доповіді)

*Тищенко Ю.В. (Україна)*

*к.ю.н., доцент кафедри господарсько-правових дисциплін  
Національної академії внутрішніх справ*

Договір купівлі-продажу один із найстаріших та найбільш поширених договорів, що регулює міжнародні комерційні відносини. Розвиток міжнародної торгівлі зумовив формування не тільки національного законодавства щодо регулювання договору купівлі-продажу, а й міжнародно-правову уніфікацію у цій сфері, основним документом якої, безсумнівно, є Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу від 11 квітня 1980 року (далі Віденська конвенція 1980 року).

Положення Віденської конвенції 1980 року застосовуються до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах.

Вітчизняне законодавство містить два різновиди договорів щодо оплатної передачі продукції — це договір купівлі-продажу та договір поставки.

Відмінними рисами договору поставки від договору купівлі-продажу, виходячи з їх визначення є:

1) *строковий характер* — передача товару здійснюється у встановлені сторонами строки. Договір поставки, як правило, укладається строком на один рік, протягом якого може бути здійсненна необмежена кількість поставок певного обумовленого товару. Договір же купівлі-продажу укладається окремо на кожен товар чи партію товару;

2) *сфера застосування* — договір поставки укладається під час здійснення господарської діяльності, на відміну від договору купівлі-продажу, якому властиве регулювання особистих, побутових, сімейних та інших відносин не пов'язаних із підприємницькою діяльністю;

3) *особливий суб'єктивний склад* — сторонами договору поставки є тільки суб'єкти господарювання.

Отже, відносини щодо оплатної передачі продукції в результаті здійснення господарської діяльності оформлюються договором поставки, який регулюється Господарським кодексом України.

Проте, якщо договір передбачає перетин митного кордону України майном, відповідні відносини стають зовнішньоекономічними та регулюються Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

В згаданому законодавчому акті, для визначення угоди між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземними контрагентами використовується термін «зовнішньоекономічний договір (контракт)».

Відповідно, за українським законодавством, договір між суб'єктом господарювання України та його іноземним контрагентом щодо передання у зумовлені строки товару за плату, буде називатися зовнішньоекономічний договір поставки.

Згідно зі статтею другою Віденської конвенції 1980 року, її положення, зокрема, не застосовуються до продажу товарів, придбаних для особистого, сімейного чи домашнього використання. В Україні зазначені відносини регулюються договором купівлі-продажу, а саме, якщо фізична особа в Україні замовила товар у продавця за кордоном, між ними буде укладено міжнародний договір купівлі-продажу.

Отже, фактично положення Віденської конвенції 1980 року застосовуються до зовнішньоекономічних договорів поставки, які укладаються між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України та їх іноземними контрагентами.

Такий різний підхід до визначення одних і тих самих відносин, на нашу думку, є не зовсім прийнятним та ускладнює їх правове регулювання.

Як відомо, Україна приєдналася до Віденської конвенції 1980 року, а її положення стали чинними для України з 1 лютого 1991 року.

Відповідно до статті дев'ятої Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. А згідно з частиною другою статті 19 Закону України «Про міжнародні договори України», якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору.

Таким чином, виникає питання, чи повинні відносини, що нами розглядаються, називатися договором міжнародної купівлі-продажу, і якщо так, то якими нормами вони будуть регулюватися, якщо сторони оберуть право України, як право, що застосовується до їх договору. Дані питання, як гадаємо, потребують законодавчого вирішення.

## ПРЕПЯТСТВИЯ К ИСПОЛНЕНИЮ ДОГОВОРА СОГЛАСНО ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ О ДОГОВОРАХ МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ ТОВАРОВ, 1980 ГОДА

*Храпуцкий Александр (Республика Беларусь)  
адвокат, партнер адвокатского бюро «Сысуюев, Бондарь, Храпуцкий СБХ»*

Статья 79 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, 1980 г. (далее — Венская конвенция) регулирует освобождение стороны от обязанности уплатить убытки в связи с неисполнением обязательств по договору, если такое неисполнение было вызвано непредвиденным препятствием вне контроля стороны, последствия которого она не смогла избежать или преодолеть. Статья 79 представляет собой необходимые ограничения принципа строгой ответственности за неисполнение договора, который лежит в основе Венской конвенции<sup>127</sup>. Стороны довольно часто ссылаются на данную статью в ходе судебного и арбитражного разбирательства, стараясь избежать ответственности, вместе с тем, они очень редко преуспевают<sup>128</sup>. Статья составлена так, чтобы освобождение от ответственности применялось только согласно очень узкому кругу оснований.

Согласно пункту 1 статьи 79 Венской конвенции сторона освобождается от ответственности «за неисполнение любого из своих обязательств», если выполнены следующие требования: неисполнение было «вызвано препятствием»; препятствие было «вне ее контроля»; препятствие таково, что от стороны «нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора»; сторона не могла разумно «избежать» этого препятствия; а также сторона не могла разумно «преодолеть» это препятствие «или его последствия»<sup>129</sup>. Кассационный суд Бельгии в деле *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* пояснил, что «препятствие», предусмотренное в пункте 1 статьи 79 Венской конвенции, может включать изменение обстоятельств, делающее исполнение стороной своих обязательств экономически трудным, даже если исполнение не стало в буквальном смысле невозможным; суд подчеркнул, что, для того чтобы считаться «препятствием», изменение обстоятельств не должно было быть *разумно предвидимым в момент заключения договора*, а исполнение договора в этих обстоятельствах должно быть сопряжено с *чрезвычайным и несоразмерным бременем*. Международный арбитражный суд при БелТПП («МАС при БелТПП») в решении по делу №415/56-03 от 30 ноября 2004 г. признал, что осуществленное банком, обслуживающим расчеты ответчика, блокирование его счета, не может быть признано препятствием вне контроля стороны, в смысле пункта 1 статьи 79

---

<sup>127</sup> Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (3rd Edition), в редакции Ingeborg Schwenzer, материал из Оксфордской библиотеки правовых исследований (Oxford Legal Research Library) (“Commentary on the CISG”), статья 79, параграф 1

<sup>128</sup> CISG Advisory Council Opinion №7, Comment 2

<sup>129</sup> Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, с. 446, п.2



Венской Конвенции и, соответственно, не освобождает сторону от ответственности за неисполнение обязательства по оплате поставки.

В международной практике является спорным вопрос о том, считается ли вмешательство (действия) государства или государственных органов, ведущее к неисполнению обязательства по договору, препятствием вне контроля стороны. Так, в доктрине германского права превалирует мнение, что государственные меры, влияющие на торговлю (например, запреты на экспорт-импорт, эмбарго, блокирование путей перевозки и др.) не подпадают в сферу контроля стороны, которые она должна была разумно предвидеть во время заключения договора<sup>130</sup>. В решении по делу №218у/2011 от 23 января 2012 года Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины также пришел к выводу, что изменение внутреннего законодательства — введение экспортного лицензирования — может считаться обстоятельством непреодолимой силы в смысле статьи 79 Венской конвенции, если такое условие также предусмотрено в договоре между сторонами.

Вместе с тем, в некоторых других странах судами применяется противоположный подход. Например, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в решении по делу №96/1998 от 24 ноября 1998 года установил, что отсутствие у стороны лицензии национального банка на осуществление платежа по договору не является обстоятельством непреодолимой силы. Китайская международная экономическая и торговая арбитражная комиссия (СІЕТАС) в решении по делу от 15 декабря 1998 года (Shirt case) установила, что задержка выдачи экспортной лицензии, повлекшая просрочку поставки товара, не является препятствием вне контроля стороны в смысле пункта 1 статьи 79 Венской конвенции, так как продавец в связи со спецификой своей деятельности должен был предвидеть и учитывать срок, необходимый для выдачи экспортной лицензии, во время заключения договора. Практика МАС при БелТПП по данному вопросу складывается единообразно: действия государственных органов, в частности, изменение законодательства не является причиной освобождения стороны от ответственности согласно статье 79 Венской конвенции<sup>131</sup>.

Пункт 2 статьи 79 Венской конвенции предусматривает специальные требования, если сторона претендует на освобождение от ответственности, поскольку ее собственное неисполнение обязательств было «вызвано неисполнением третьим лицом, привлеченным ею для исполнения всего или части договора».<sup>132</sup>

Таким образом, данный пункт применяется, когда сторона привлекает третье лицо для исполнения всего или части договора и это третье лицо не осуществляет исполнения обязательств. В этой связи встает вопрос о классификации

---

<sup>130</sup> P. Huber, A. Mullis The CISG. A New textbook for students and practitioners, P. Huber, p. 259; Commentary on the CISG, статья 79, параграф 17

<sup>131</sup> С.И. Рак, «Форс-мажор и затруднительные условия: практика применения»

<sup>132</sup> Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, с.451, п.21



привлеченного лица как «третье лицо, которое сторона привлекает для исполнения договора» в смысле Венской конвенции. По общему правилу служащие и поставщики продавца не считаются третьими лицами, хотя они являются субъектами, которые самостоятельно или в качестве независимых сторон выполняют договор полностью или частично<sup>133</sup>. Неисполнение контрагентом соответствующего лица взятых на себя перед данным лицом обязательств, которые, в свою очередь, приводят к неисполнению описанным первым субъектом взятых на себя обязательств перед иным лицом, не является основанием для освобождения от ответственности описанного нами первым лица<sup>134</sup>. Иными словами, именно на стороне соответствующего договора лежит предпринимательский риск неисполнения обязательства ее контрагентом в рамках взаимоотношений такой стороны договора с другой стороной договора.

В более общем плане, третьими лицами в смысле Венской конвенции признаются лица, которым продавец после заключения договора поручает выполнение существующих обязательств перед покупателем. В частности, перевозчики, которые поставляют товар продавцу, и субподрядчики, которые назначены продавцом для выполнения окончательных работ<sup>135</sup>. История принятия данного положения показывает, что пункт 2 статьи 79 Венской конвенции распространяется только на лиц, действующих независимо, когда привлеченное лицо не является частью организационной структуры стороны по договору, но вместе с тем подпадает под сферу ее ответственности<sup>136</sup>.

В решении Хозяйственного суда г. Минска по делу №699-8/04 от 25 февраля 2005 года по иску ООО «А» (Украина) к ЧТПУП «Б» (г. Минск) было отмечено, что сторона освобождается от ответственности за неисполнение обязательства третьей стороной в том случае, если: 1) она освобождается от ответственности на основании п.1 ст. 79 Венской конвенции; 2) привлеченное ею лицо также было бы освобождено от ответственности, если бы положения указанного пункта были применены в отношении этого лица. Так как Суд установил, что за ненадлежащее исполнение банком, обслуживающим ответчика, своих обязательств по исполнению поручений клиента, согласно Инструкции о банковском переводе банк несет ответственность за ненадлежащее исполнение платежных инструкций клиента, то ответчик также не освобождается от ответственности за неисполнение обязательства на основании п.2 ст. 79 Венской конвенции.

Пункты 3 и 4 статьи 79 Венской конвенции не стали объектом значительного внимания в судебной практике. Пункт 3 соответственно ограничивает продолжительность освобождения периодом, в течение которого существует препятствие. Так, сторона освобождается от ответственности лишь на тот период, в течение которого существует препятствие и когда препятствие

---

<sup>133</sup> *Id*

<sup>134</sup> Я.И. Функ «О неисполнении (ненадлежащем исполнении) обязательства стороной по договору, вызванного неисполнением третьего лица в силу Венской конвенции»

<sup>135</sup> Решение Апелляционного суда Лугано, кантон Тичино от 29 октября 2003 года. Режим доступа: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031029s1.html>

<sup>136</sup> Commentary on the CISG, статья 79, параграф 34

«прекращается» сторона должна выполнить свои обязательства. Данное положение Венской конвенции никак не влияет на право покупателя расторгнуть договор согласно пункту 1 статьи 49 Венской конвенции, которое возникает в связи с задержкой исполнения обязательства, когда такая задержка является существенным нарушением договора в смысле статьи 25 Венской конвенции. В пункте 4 статьи 79 Венской конвенции требуется, чтобы сторона, которая претендует на освобождение от ответственности за неисполнение, дала «извещение другой стороне о препятствии и его влиянии на ее способность осуществить исполнение». Во втором предложении пункта 4 статьи 79 указано, что если это извещение не получено другой стороной «в течение разумного срока после того, как об этом препятствии стало или должно было стать известно не исполняющей свое обязательство стороне», то сторона, которая претендует на освобождение, «несет ответственность за убытки, являющиеся результатом того, что такое извещение получено не было»<sup>137</sup>. Требования к самому извещению статья 79 Венской конвенции не устанавливает. Вместе с тем уведомление должно описывать природу, тяжесть и продолжительность препятствия в деталях. Уведомление должно быть сделано в течение разумного времени после того, как сторона узнала или должна была узнать о препятствии<sup>138</sup>.

В пункте 5 статьи 79 Венской конвенции предусмотрено, что удовлетворение требования об освобождении от ответственности защищает сторону от ответственности за возмещение убытков, но не препятствует другой стороне осуществить любые иные права, кроме требования возмещения убытков. Другими словами ничто в статье 79 Венской конвенции не препятствует каждой из сторон осуществить любые иные права кроме требования возмещения убытков на основании положений Венской конвенции.

Следует отметить, что статья 79 Венской конвенции не является исключением из ее положений статьи 6, которые дают право сторонам отступить от положений Венской конвенции или изменить их действие. Какие же еще опции доступны для сторон, если они не хотят применять положения об освобождении от ответственности, предусмотренные Венской конвенцией?

Прежде всего отметим, что условия о форс-мажоре можно подробно прописать в договоре. При этом с целью минимизации рисков, сторонам в договоре следует четко прописывать, что конкретно будет являться форс-мажорными обстоятельствами и какие именно последствия для сторон влечет наступление таких обстоятельств.

Другим вариантом может быть обращение к национальному законодательству государства какой-либо из сторон. Например, законодательство Республики Беларусь предусматривает в пункте 3 статьи 372 Гражданского кодекса Республики Беларусь, если иное не предусмотрено законодательством или договором, лицо, не исполнившее обязательство либо исполнившее его ненад-

---

<sup>137</sup> Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, с. 446, п.3

<sup>138</sup> Commentary on the CISG, статья 79, параграф 44

лежащим образом при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение обязательства невозможно вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. Как правило, к таким обстоятельствам относят стихийные бедствия (наводнение, пожар, землетрясение и т.п.), военные действия, массовые беспорядки, эпидемии, акты терроризма, экономические блокады, моратории и т.п. Не относятся к таким обстоятельствам, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств. Эти факты не являются основанием для освобождения должника от уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами, предусмотренных статьей 366 ГК, если иное не предусмотрено законодательством или договором<sup>139</sup>.

В качестве других международных инструментов, регулирующих вопрос освобождения от ответственности можно выделить Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА<sup>140</sup> («Принципы УНИДРУА») и Публикацию МТП №421 Е «Форс-мажорные обстоятельства. Оговорка о форс-мажоре (об освобождении от ответственности)» («Публикация МТП»). Основным отличием Венской конвенции от вышеуказанных документов является отсутствие в ней прямого правового регулирования вопроса возникновения «затруднения» (*hardship*) при исполнении договора (ст. ст. 6.2.1–6.2.3 Принципов УНИДРУА, положения 1-3 о «затруднении» в Публикации МТП). Поэтому, выбирая Венскую конвенцию в качестве применимого права, следует отдельно предусматривать и регламентировать данный вопрос.

Таким образом, чтобы исключить злоупотребления контрагентов положениями об освобождении от ответственности, рекомендуем максимально конкретно определять обязательства сторон в связи с наступлением обстоятельств непреодолимой силы. При этом стоит конструировать форс-мажорную оговорку для конкретных правоотношений с учетом текущей экономической и политической ситуации.

---

<sup>139</sup> Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 21.01.2004 №1 «О некоторых вопросах применения норм Гражданского кодекса Республики Беларусь об ответственности за пользование чужими денежными средствами»

<sup>140</sup> В работе рассматриваются Принципы УНИДРУА в редакции 2010 года

## **ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ НОРМ ВІДЕНСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ООН ПРО ДОГОВОРИ МІЖНАРОДНОЇ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ТОВАРІВ І ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

*Кот Олексій (Україна)*

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу  
проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права  
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,  
керуючий партнер юридичної фірми «Антика»*

Перше, що слід відзначити і враховувати під час порівняльного аналізу Віденської Конвенції ООН 1980 р. про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (далі — «Конвенція») і Цивільного кодексу України (далі — «ЦК України»), це відмінності відповідних правових актів за предметом правового регулювання. Як відомо, Конвенція за загальним правилом не застосовується до продажу товарів, придбаних для особистого, сімейного чи домашнього використання, суден водного й повітряного транспорту та інших, прямо поіменованих у тексті конвенції операцій продажу товарів. Звичайно, застосування Конвенції є обмеженим, і з урахуванням спрямованості, на регулювання саме міжнародної купівлі-продажу товарів.

Разом з тим, не можна заперечувати той факт, що Конвенція увібрала в собі напрацювання провідних правових систем Світу щодо регулювання відносин купівлі-продажу товарів і до сих пір залишається концентрованим виразом базових засад нормативного регулювання відповідних відносин. Тому цікавим вбачається порівняння положень Конвенції із нормами оновленого після кодифікації на початку ХХІ століття цивільного законодавства України.

Не секрет, що під час розробки нового ЦК України в частині договору купівлі-продажу активно використовувався інструментарій, закріплений у Конвенції. У зв'язку із цим можна констатувати, що в цілому норми ЦК України викладені «в дусі» відповідних положень Конвенції.

Незважаючи на це, між приписами нового ЦК України та Конвенцією все ж існують певні відмінності у правовому регулюванні, на які і хотілося б звернути увагу, особливо з урахуванням можливості одночасного застосування національними судами та МКАС як положень Конвенції, так і норм ЦК України.

### **Принципи правового регулювання купівлі-продажу**

ЦК України не містить особливих принципів регулювання відносин купівлі-продажу, тому до цих відносин застосовуються основні засади цивільного законодавства, визначені у ст. 3 ЦК України. Законодавець надав особливої ваги принципу добросовісності, розумності та справедливості для зобов'язань, визначивши його в якості засади, на якій має ґрунтуватись будь-яке зобов'язання (ч. 3 ст. 509 ЦК України).

При цьому, за свідченням розробників проекту ЦК України, в перших редакціях проекту принцип справедливості, добросовісності та розумності розгля-

дався виключно як інституційний принцип зобов'язального права, але надалі трансформувався в загальногалузевий принцип цивільного права<sup>141</sup>. Тобто, в Україні цей принцип всього цивільного права первісно «народився» саме в сфері зобов'язань, що демонструє його вагу для відповідних правовідносин.

Для Конвенції питання принципів навіть на сьогодні залишається неоднозначним. Згідно ст. 7 Конвенції при тлумаченні цієї Конвенції належить враховувати її міжнародний характер та необхідність сприяти досягненню однакового її застосування й додержання добросовісності в міжнародній торгівлі. Питання, що стосуються предмета регулювання цієї Конвенції, які безпосередньо в ній не вирішені, підлягають вирішенню згідно із загальними принципами, на яких вона ґрунтується, за умови відсутності таких принципів — згідно з правом, застосованим відповідно до норм міжнародного приватного права.

Ст. 7 Конвенції стала компромісом між двома полярними точками зору представників Робочої групи, одна з яких воліла запровадити у Конвенції принцип добросовісності поведінки сторін договору, а інша, навпаки, заперечувала необхідність будь-якого прямого посилання на добросовісність. Наразі, ст. 7 Конвенції все ж оцінюють як таку, що закріплює принцип добросовісності. Але компромісний характер цієї норми не міг не позначитись на її змісті, тому дебати продовжуються і сьогодні, хоча і з дещо іншим акцентом: чи слідує зі ст. 7 Конвенції проголошення принципу добросовісності дій сторони договору загалом, чи ця вимога стосується лише тлумачення Конвенції, як це можна розуміти з буквального тексту статті<sup>142</sup>.

На нашу думку, положення Конвенції містять достатній потенціал для висновку про те, що добросовісність має кваліфікуватися в якості загальної вимоги до дії договірних сторін з огляду на те, що:

у ст. 7 вимагається не добросовісне тлумачення Конвенції, а тлумачення з урахуванням необхідності додержання добросовісності в міжнародній торгівлі; зміст інших норм Конвенції свідчить, що вони сформульовані і містять правила поведінки, засновані на цьому принципі, навіть якщо він прямо і не називається у цих нормах.

### **Укладення договору**

Відповідно до ст. 11 Конвенції не вимагається, щоб договір купівлі-продажу укладався чи підтверджувався в письмовій формі або підпорядковувався іншій вимозі щодо форми. Він може доводитися будь-якими засобами, включаючи свідчення.

В той же час, слід враховувати, що згідно указу Президії ВР Української РСР №7978-ХІ від 23.08.1989 року УРСР приєдналась до Конвенції із завою відповідно до статей 12 та 96 Конвенції про те, що будь-яке положен-

---

<sup>141</sup> Кузнецова Н.С. Принципи сучасного зобов'язального права України / Н.С. Кузнецова // Українське комерційне право. — 2003. — №4. — С. 10 (С. 9–15)

<sup>142</sup> Zaccaria E.C. *The Dilemma of Good Faith in International Commercial Trade* / E.C. Zaccaria // Macquarie Journal of Business Law. — 2004. — Vol. 1. — P. 104–107

ня статті 11, статті 29 або частини II Конвенції, яке допускає, щоб договір купівлі-продажу, його зміна або припинення угодою сторін чи оферта, акцепт або будь-яке інше вираження наміру здійснювались не в письмовій, а в будь-якій формі, незастосовне, якщо хоча б одна із сторін має своє комерційне підприємство в Українській Радянській Соціалістичній Республіці. Таким чином, для України питання форми, в якій укладається договір міжнародної купівлі-продажу товарів має визначатись з урахуванням наведеного застереження до ст. 11 Конвенції.

Більше того, не виключається можливість ще більшого звуження диспозитивних можливостей щодо укладення договору з огляду на волю самих сторін договору, оскільки, наприклад, згідно ч. 4 ст. 639 ЦК України, якщо сторони домовилися про нотаріальне посвідчення договору, щодо якого законом не вимагається нотаріальне посвідчення, такий договір є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення.

Порядок укладення договору у Конвенції регулюється більш детально, ніж у ЦК України, згідно якого до укладення договорів купівлі-продажу застосовуються загальні положення про укладення договорів, вміщені у Главі 53 ЦК України.

Що стосується оферти, то згідно ст. 14 Конвенції вона повинна бути досить виразною, тобто містити вказівку на товар та безпосередньо чи опосередковано встановлювати його кількість і вартість або передбачати порядок їх визначення. Однак, з огляду на ст. 55 Конвенції, якщо у договорі прямо чи опосередковано не встановлено вартість або не передбачено порядок її визначення, вважається, що сторони, у разі відсутності якої-небудь вказівки про інше, мали на увазі посилання на вартість, яка в момент укладення договору звичайно стягувалася за такі товари, що продавалися за таких же обставин у відповідній галузі торгівлі. Отже, якщо в оферті не вказано вартість товару чи спосіб її визначення, *за Конвенцією вважається, що сторони домовились про продаж за звичайною ціною.*

Вимоги до оферти за ЦК України менш визначені з огляду на те, що правила Глави 53 ЦК України розраховані на укладення будь-якого договору. Основна вимога до змісту оферти полягає в необхідності вказівки на істотні умови майбутнього договору (ч. 1 ст. 641 ЦК України). В свою чергу, згідно ч. 1 ст. 638 ЦК України істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Отже, формально закон визнає істотною умовою договору тільки його предмет.

Зміст ст. 656 ЦК України дає підстави вважати, що під «предметом» для договорів купівлі-продажу закон розуміє товар, тому пропозиція укласти договір повинна містити вказівку на товар. Проте, можливим вбачається висновок про те, що на відміну від ст. 14 Конвенції, за ЦК України в оферті не обов'язково вказувати ціну товару чи порядок її визначення, оскільки положення ст. 691 ЦК України встановлюють спосіб визначення ціни товару у разі, якщо її (або порядок її визначення) не встановили сторони договору — згідно положень



ст. 632 ЦК України. Зважаючи на ч. 4 цієї статті, якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору.

*Отже, на відміну від Конвенції, ЦК України допускає укладення договору купівлі-продажу без домовленості про ціну, вже постфактум визначається за звичайною ціною, яка існувала на момент укладення договору.*

ЦК України також більш прагматично підходить до кваліфікації в якості акцепту дій сторони відповідно до вказаних в оферті умов договору. Вчинення таких дій за ЦК України вважається акцептом, якщо тільки інше не було встановлено в оферті або в законі (ст. 642 ЦК України). Натомість, з огляду на ч. 3 ст. 18 Конвенції, якщо через оферту або в результаті практики, встановленої сторонами у своїх взаємних відносинах, чи звичаю адресат оферти може, не повідомляючи оферента, висловити згоду шляхом вчинення якої-небудь дії, зокрема дії, що стосується відправлення товару чи оплати вартості, акцепт набуває чинності в момент вчинення такої дії. Наведене дає підстави для висновку про те, що за положеннями Конвенції вчинення дій стороною може свідчити про акцепт лише тоді, коли це дозволене в оферті, з огляду на практику відносин між сторонами чи у звичаї.

Загалом Конвенція більш детально регулює порядок акцепту оферти, ніж ЦК України. До того ж, однією з вагомих особливостей можна вважати положення ч. 2 ст. 19 Конвенції, згідно яких відповідь на оферту, яка має на меті бути акцептом, але містить додаткові чи відмінні умови, які істотно не змінюють умов оферти, є акцептом, якщо оферент без невиправданої затримки не заперечить усно проти цих розходжень або не надішле повідомлення про це. Щоправда, у ч. 3 ст. 19 Конвенції умови відносно вартості, платежу, якості й кількості товару, місця й строку поставки, обсягу відповідальності однієї зі сторін перед іншою або вирішення спорів визнані такими, що істотно змінюють умови оферти.

На відміну від ст. 19 Конвенції, ЦК України у ч. 1 ст. 642 визначає, що відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір, про її прийняття (акцепт) повинна бути повною і безумовною. При цьому, відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах є відмовою від одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію (ст. 646 ЦК України). Отже, положення Конвенції стосовно акцепту вбачаються більш гнучкими, ніж норми ЦК України.

### **Виконання договору**

Зважаючи на тривалу історію розвитку інституту купівлі-продажу та врахування під час розробки нового ЦК України надбання європейської цивілістики, природним є аналогічне регулювання виконання договору за Конвенцією та ЦК України. Водночас, хотілося б звернути увагу на певні особливості.

До певної міри відмінними є правила щодо строків поставки. Згідно ст. 663 ЦК України продавець зобов'язаний передати товар покупцеві у строк,



встановлений договором купівлі-продажу, а якщо зміст договору не дає змоги визначити цей строк, — відповідно до положень статті 530 цього Кодексу, тобто у семиденний строк від дня пред'явлення кредитором вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не впливає із договору або актів цивільного законодавства.

Натомість, у ст. 33 Конвенції встановлені більш гнучкі правила: за винятком випадків, коли можливо визначити дату поставки, продавець повинен поставити товар в будь-який момент у межах періоду поставки (якщо він визначений чи може бути визначений), оскільки з обставин не впливає, що дата поставки призначається покупцем. Якщо ж неможливо визначити ані дату, ані період поставки, продавець повинен поставити товар в розумний строк після укладення договору.

У ст. 38 Конвенції досить чітко врегульовано обов'язок покупця оглянути товар і строки виконання цього обов'язку. На наш погляд, цього не вистачає нормам ЦК України, який з питання перевірки додержання продавцем умов договору відсилає сторони до договору, актів цивільного законодавства, звичаїв та вимог, що звичайно ставляться (ст. 687 ЦК України).

### **Використання способів захисту**

Загалом, у Конвенції та ЦК України передбачені аналогічні способи захисту порушених прав сторін договору купівлі-продажу. Втім, хотілося б зупинитись на окремих особливостях застосування цих способів захисту.

#### *Примусове виконання обов'язку в натурі.*

ЦК України не встановлює жодних обмежень щодо можливості покупця вимагати в судовому порядку примусового виконання обов'язку продавця в натурі. Зокрема, згідно ч. 2 ст. 665 ЦК України, якщо продавець відмовився передати річ, визначену індивідуальними ознаками, покупець має право пред'явити продавцеві вимоги відповідно до статті 620 цього Кодексу. В силу ч. 1 ст. 620 ЦК України у разі невиконання боржником обов'язку передати кредиторів у власність або у користування річ, визначену індивідуальними ознаками, кредитор має право витребувати цю річ у боржника та вимагати її передання відповідно до умов зобов'язання. По суті, мова повинна йти про можливість покупця примусово відібрати річ у продавця (звичайно, в порядку виконання судового рішення шляхом його виконання через уповноважені державні органи). Більше того, згідно ст. 622 ЦК України боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання, не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено договором або законом. Звільнення боржника від обов'язку виконання зобов'язання в натурі передбачено лише у разі відмови кредитора від прийняття виконання, яке внаслідок прострочення втратило для нього інтерес (стаття 612 цього Кодексу), передання відступного (стаття 600 цього Кодексу) чи відмови кредитора від договору (стаття 615 цього Кодексу).

Для Конвенції питання примусового виконання обов'язку продавця в натурі є далеко не таким однозначним, що пов'язане із тривалою науковою дискусією про доцільність відповідного способу захисту, коріння якої сягає основоположних засад поділу суб'єктивних прав на речові, що встановлюють безпосередній зв'язок суб'єкту з річчю, та зобов'язальні, які лише зв'язують осіб і не передбачають прямого зв'язку сторони договору з певною річчю.

Тому, з однієї сторони, у ч. 1 ст. 46 Конвенції встановлено, що покупець може вимагати виконання продавцем своїх зобов'язань, якщо тільки покупець не вдався до засобу правового захисту, не сумісного з такою вимогою. Але з іншої сторони, якщо відповідно до положень цієї Конвенції одна зі сторін має право вимагати виконання якогось зобов'язання іншої сторони, суд не буде зобов'язаний виносити рішення про виконання в натурі, крім випадків, коли він зробив би це на підставі свого власного закону щодо аналогічних договорів купівлі-продажу, не регульованих цією Конвенцією.

Таким чином, практичне застосування відповідного способу захисту на підставі Конвенції поєднане із низкою проблем, зумовлених відсутністю компромісу в нормах самої Конвенції.

#### *Заміна товару, який не відповідає договору.*

Згідно ст. 46 Конвенції покупець може вимагати заміни поставленого товару лише коли:

- така невідповідність товару є істотним порушенням договору;
- вимогу про заміну товару заявлено або одночасно з повідомленням, да-ним відповідно до статті 39 щодо повідомлення про невідповідність товару, або в розумний строк після нього.

В той же час, слід враховувати, що згідно ст. 35 Конвенції продавець повинен поставити товар, який за кількістю, якістю й описанням відповідає вимогам договору і який затарований чи упакований так, як це вимагається за договором. Крім випадків, коли сторони домовилися про інше, товар не відповідає договору, якщо він:

- a) не придатний для тих цілей, для яких такий товар звичайно використовується;
- b) не придатний для будь-якої конкретної мети, про яку продавця прямо чи опосередковано було повідомлено під час укладення договору, крім тих випадків, коли з обставин випливає, що покупець не розраховував або що для нього було нерозумним розраховувати на компетентність і міркування продавця;
- c) не має якостей товару, представленого продавцем покупцеві як зразок чи модель;
- d) не затарований чи не упакований звичайним для таких товарів способом, а за відсутності такого — способом, який є належним для збереження й захисту даного товару.

Розуміння «невідповідності товару», закладене у ст. 35 Конвенції, може дати підстави для висновку про те, що покупець вправі вимагати заміни поставле-

ного товару згідно ст. 46 Конвенції тільки в разі порушення продавцем умов договору щодо якості товару, а також умов щодо тари та пакування.

Крім того, Конвенцією встановлене обмеження застосування цього способу захисту. Так, за загальним правилом покупець втрачає право вимагати від продавця заміни товару, якщо для покупця неможливо повернути товар у тому ж стані, в якому він його одержав (ч. 1 ст. 82. Конвенції).

В той же час, ЦК України прямо передбачає можливість пред'явлення вимоги про заміну частини товару неналежного асортименту (ст. 672 ЦК України), якості (ст. 678 ЦК України), комплектності (ст. 684 ЦК України), а також в разі відкликання товару продавцем (ст. 681<sup>1</sup> ЦК України). Для неналежно упакованого товару в ЦК України передбачено право покупця вимагати, серед іншого, заміни неналежної тари та упаковки (ст. 686 ЦК України).

#### *Розірвання договору.*

У Конвенції, як і в ЦК України, передбачено випадки, коли сторона може заявити про розірвання договору. Загалом можна констатувати, що підставою для розірвання договору на рівні Конвенції визнано істотне його порушення (ст. ст. 49, 64 Конвенції) або очевидність його істотного порушення в майбутньому (ст. 72 Конвенції).

Особливістю Конвенції, порівняно із ЦК України, є обмеження можливості вимагати розірвання договору, а саме:

— за загальним правилом покупець втрачає право заявити про розірвання договору, якщо для покупця неможливо повернути товар у тому ж стані, в якому він його одержав (ч. 1 ст. 82. Конвенції);

— у випадках, що можна умовно охарактеризувати як обмеження вимагати розірвання договору зі спливом певного строку, якщо інша сторона здійснила істотну частину виконання. Наприклад, згідно ч. 2 ст. 49 Конвенції у разі, коли продавець поставив товар, покупець втрачає право заявити про розірвання договору, якщо він не зробить цього:

а) щодо прострочення у поставці — протягом розумного строку після того, як він довідався про те, що поставка здійснена;

б) щодо будь-якого іншого порушення договору, крім прострочення в поставці, — протягом розумного строку: і) після того як він довідався чи повинен був довідатися про таке порушення; ii) після закінчення додаткового строку, встановленого покупцем відповідно до пункту 1 статті 47, чи після того як продавець заявив, що він не виконає своїх зобов'язань протягом такого додаткового строку; або iii) після закінчення будь-якого додаткового строку, зазначеного продавцем відповідно до пункту 2 статті 48, чи після того як покупець заявив, що він не прийме виконання.

На відміну від Конвенції, у ЦК України можливість припинити договір (ЦК використовує механізм «відмови від договору», «відмови від товару», а не розірвання договору) визначається не загальною нормою та посиланням на істотність порушення, а передбачається (чи, навпаки, не передбачається) щодо кож-

ного окремого випадку порушення договору. При цьому, на відміну від Конвенції, право на відмову від договору за ЦК України формально не обмежується.

**ВИСНОВОК:** Підсумовуючи наведене вище, слід ще раз відзначити, що більшість положень Конвенції знайшли своє втілення під час кодифікації цивільного законодавства України в новому ЦК.

Відмінності між цими актами, звичайно існують, але вони в більшості своїй є відмінностями в деталях і не носять загального характеру. Більше того, на наше переконання, ці відмінності зумовлені, скоріше, існуючими підходами до застосування норм права вітчизняними судами. Наприклад, як зазначалось вище, Конвенція обмежує право сторони вимагати розірвання договору із плином певного строку, якщо інша сторона виконала здійснила виконання. ЦК України такого обмеження прямо не передбачає, однак цілком зрозуміло, що це обмеження є одним із проявів принципу добросовісності, який в ЦК України закріплений у статті 3 кодексу. Тому, за великим рахунком, у даному прикладі можна казати про схоже правове регулювання конкретних відносин положеннями Конвенції та ЦК України, головне, щоб правозастосовчі органи використовували потенціал, закладений у перших статтях ЦК України.

Якщо ж, незважаючи на викладене, норма ЦК України передбачає відмінне регулювання від положень Конвенції для певних відносин, то вважаємо, що положення Конвенції повинні застосовуватись пріоритетно, якщо, звичайно, Конвенція застосовується до відповідних відносин.

## **ОКРЕМІ НЮАНСИ ЗАСТОСУВАННЯ ВІДЕНСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ З МЕТОЮ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ ПОКУПЦЯ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРІВ МІЖНАРОДНОЇ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ**

*Леценко Д.С. (Україна)*

*к.ю.н., доцент, адвокат*

Проблемам застосування окремих положень Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, укладеної 11 квітня 1980 р. у м. Відень (далі по тесту — Віденська конвенція), приділялось достатньо уваги як науковцями, так і практикуючими юристами, особливо в останні 10 років. Значна кількість експортно-імпорتنих операцій за участю українських контрагентів зумовлюють потребу уточнення деяких положень Віденської конвенції на практиці. У зв'язку з цим, тема дослідження є актуальною і потребує подальшого спільного опрацювання як теоретиками, так і практикаками.

Метою даного дослідження є аналіз певних аспектів захисту інтересів вітчизняних імпортерів при укладенні договорів міжнародної купівлі-продажу.

Особливу увагу хотілось би звернути на імпортні операції вітчизняних покупців із зарубіжними контрагентами, які, в одних випадках, погоджуються використовувати письмову форму контракту купівлі-продажу, а в інших — наводять чисельні аргументи на користь усної форми договірних відносин, об'єднуючись пропозиціями оплатити виставлені ними інвойси після виготовлення товару.

Міжнародній практиці відомі дві основні форми міжнародного контракту купівлі-продажу:

1. Усна.
2. Письмова.

Ряд країн у своєму законодавстві допускають можливість укладання договорів міжнародної купівлі-продажу в усній формі. Практика укладання таких договорів існує, наприклад, у Франції, Німеччині, Великобританії, США тощо.

В той же час, законодавство ряду країн, у тому числі України, вимагає обов'язкової письмової форми договору міжнародної купівлі-продажу. Це слідує із ч. 2. ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», згідно якої зовнішньоекономічний договір (контракт) укладається суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності або його представником у простій письмовій формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом [1]. В письмовій формі повинні вноситися і всі зміни в контракт, направляться оферти, акцепти, запити й інші пропозиції та відповіді. Недотримання форми таких угод стає причиною їх недійсності.

Уніфіковане міжнародне законодавство, зокрема, Віденська конвенція 1980 р. не вимагає, щоб договір купівлі-продажу обов'язково оформлявся у письмовій формі. Згідно ст. 11 Конвенції допускається укладення міжнародного комерцій-

ного контракту в будь-якій формі, в тому числі і в усній. Факт укладення контракту може доводитися будь-якими засобами, включаючи і показання свідків [2].

В той же час, у Конвенції міститься виключення, що враховує передбачене деякими національними законодавствами, зокрема і українським, вимогу про обов'язковість письмової форми: «Держава-учасниця Конвенції, законодавство якої вимагає обов'язкової письмової форми міжнародного комерційного контракту, в будь-який час може зробити відповідну заяву» (ст. 12). У цьому випадку, якщо хоча б одна зі сторін контракту має своє комерційне підприємство в державі, який зробив таку заяву, до даного контракту не застосовуватимуться положення Конвенції, що допускають застосування не письмової, а будь-якої іншої форми. Тільки у письмовій формі в такій ситуації повинні відбуватися як сам контракт або його припинення угодою сторін, так і оферта, акцепт або інше вираження наміру. Це єдина імперативна норма Конвенції, всі інші її положення носять диспозитивний характер. Наявність такої норми робить можливим участь у Конвенції держав, законодавство яких пред'являє різні вимоги до форми контрактів.

Відповідно до Указу Президії Верховної Ради УРСР від 23 серпня 1989 року №7978-ХІ «Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» Українська Радянська Соціалістична Республіка відповідно до статей 12 та 96 Конвенції заявляє, що будь-яке положення статті 11, статті 29 або частини II Конвенції, яке допускає, щоб договір купівлі-продажу, його зміна або припинення угодою сторін чи оферта, акцепт або будь-яке інше вираження наміру здійснювались не в письмовій, а в будь-якій формі, незастосовне, якщо хоча б одна із сторін має своє комерційне підприємство в Українській Радянській Соціалістичній Республіці [3].

Таким чином, згідно цього чинного на даний момент Указу Україна не акцептувала положення Віденської конвенції, що дозволяє укладати міжнародні договори купівлі-продажу в будь-якій формі.

Виходячи з цього, посилення зарубіжних постачальників виключно на виставлені ними інвойси, як на підтвердження факту укладення договору купівлі-продажу із українськими покупцями, не матиме юридичних наслідків. Підтвердження факту укладення контракту за допомогою різних способів, як то показання свідків та листування по електронній пошті, можливе у арбітражному процесі, але це тривалий і складний процес. До того ж, згідно ст. 14 Віденської конвенції пропозиція про укладення контракту (оферта) повинна бути «достатньо певною». Вона вважається такою, «якщо в ній зазначено товар, і, безпосередньо чи опосередковано встановлюються його кількість і вартість, або передбачено порядок їх визначення». Звичайно, у пропозиції можуть міститися й інші умови, крім вищезгаданих, однак при їх відсутності пропозиція відповідно до ст. 14 не буде вважатися офертою, що призводила б до укладення контракту у разі її прийняття адресатом. Тобто, відсутність у переписці між зарубіжними постачальниками та українськими покупцями «достатньо пев-

них» істотних умов договору, або відсутність відповіді (акцепта) на пропозиції чи інвойси дозволяє стверджувати про відсутність договірних відносин між сторонами. Згідно ж ст. 18, 19 Конвенції мовчання чи бездіяльність адресата оферти самі по собі не є акцептом; а відповідь на оферту, що містить доповнення, обмеження чи інші зміни, є відхиленням оферти і являє собою зустрічну оферту<sup>143</sup>. Отже, претензії зарубіжних постачальників щодо оплати вже завчасно виготовленого ними товару не мають задовольнятися.

Також не можна оминати увагою необхідність закріплення у міжнародному контракті купівлі-продажу моменту переходу права власності на придбаний товар. Віденська конвенція містить лише загальні положення щодо переходу права власності від продавця до покупця. Так, згідно ст. 30 Конвенції продавець зобов'язаний поставити товар, передати документи, що стосуються його, та передати право власності на товар відповідно до вимог договору та цієї Конвенції [2]. Але більше у Конвенції нічого про перехід права власності не згадується. Глава IV Конвенції присвячена переходу ризиків, а момент переходу права власності чітко не визначений.

Переходу ризиків приділено достатньо уваги і в різних умовах правил Інкотермс 2010, але про перехід право власності у цих правилах також нічого не сказано.

Таким чином, перехід права власності має закріплюватись договірними сторонами безпосередньо у тексті договору міжнародної купівлі-продажу. Для захисту інтересів вітчизняних покупців необхідно чітко прописувати момент переходу права власності на товар, особливо у міжнародних договорах купівлі-продажу, у яких застосовуються такі умови Інкотермс, як FOB, EXW, FCA та умови оплати — відстрочка платежу та оплата за умовами реалізації. У договорах, укладених на таких умовах, момент переходу ризиків та момент переходу права власності на товар можуть не співпадати. Продавець буде зацікавлений передати покупцю усі ризики, а право власності лише після 100% оплати за товар в обумовлені договором строки. Покупцю ж, в свою чергу, вигідно, щоб право власності на товар переходило до нього раніше повного розрахунку за товар із продавцем! Оскільки згідно з усіма термінами правил Інкотермс 2010 покупець повинен заплатити узгоджену ціну навіть тоді, коли товар втрачено перевізником/експедитором і не переданий у власність покупцю. В цьому полягають ризики покупця по оплаті узгодженої ціни за товар та додаткових витрат, пов'язаних з поставкою товару [4].

Виходячи з цього, можна дійти таких висновків:

1. Момент переходу права власності на товар, з огляду на відсутність його чіткого закріплення у спеціальному міжнародному законодавстві, слід обов'язково прописувати у договорах міжнародної купівлі-продажу. При цьому, вітчизняним покупцям рекомендується визначати у договорах міжнародної купівлі-продажу момент переходу права власності або одночасно із мо-

---

<sup>143</sup> Мається на увазі у діловій переписці, оскільки згоди висловлену по телефону важко довести у арбітражному процесі



ментом переходу ризиків, або пізніше моменту переходу ризиків, але раніше моменту повного розрахунку із продавцем.

2. Текст Віденської конвенції 1980 року можна було доповнити окремим розділом, щоб врегулював особливості переходу права власності на товар від продавця до покупця.

***Список використаних джерел:***

1. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — №29. — ст. 377.
2. Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в Вене 11.04.1980).
3. Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів: Указ Президії Верховної Ради УРСР від 23 серпня 1989 року №7978-XI // Відомості Верховної Ради. — 1989. — №36. — ст. 108.
4. Инкотермс 2010. Правила ИСС з використання термінів для внутрішньої та міжнародної торгівлі / [пер. з англійської ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів «ЗЕД»]. — К.: Асоціація «ЗЕД», 2011. — 268 с.

## ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ЗБИТКІВ ЗА ВІДЕНСЬКОЮ КОНВЕНЦІЄЮ. ПРАКТИКА ГОСПОДАРСЬКИХ СУДІВ

*Дроботова Тетяна (Україна)*

*Заслужений юрист України, к.ю.н., секретар другої судової палати,  
суддя Вищого господарського суду України*

Відповідно до *Указу Президії Верховної Ради Української РСР від 23.08.1989 №7978-XI «Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів»* Президія Верховної Ради Української РСР постановила приєднатися від імені Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року з такою заявою:

«Українська Радянська Соціалістична Республіка відповідно до статей 12 та 96 Конвенції заявляє, що будь-яке положення статті 11, статті 29 або частини II Конвенції, яке допускає, щоб договір купівлі-продажу, його зміна або припинення угодою сторін чи оферта, акцепт або будь-яке інше вираження наміру здійснювались не в письмовій, а в будь-якій формі, незастосовне, якщо хоча б одна із сторін має своє комерційне підприємство в Українській Радянській Соціалістичній Республіці».

Для України Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, яку вчинено у Відні в 1980 році (далі — Віденська конвенція), *набула чинності 01.02.1991*.

Деякі правила застосування господарськими судами під час вирішення спорів положень міжнародних договорів, у тому числі Віденської конвенції, було викладено Вищим господарським судом України в *Узагальненні судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів (від 01.01.2009)*<sup>144</sup>. У названому Узагальненні зверталась увага, зокрема, на такі питання.

Відповідно до *статті 9 Конституції України* чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Як зазначається у постанові Пленуму Верховного Суду України від 01.11.1996 №9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» (пункт 4), суд не може застосувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше, ніж міжнародний договір.

Дія міжнародних договорів України на території України регулюється *статтею 19 Закону України «Про міжнародні договори України»*. Згідно з її положеннями чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому

<sup>144</sup> <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/n0001600-09>.

порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору.

**Статтями 123, 124 Господарського процесуального кодексу України** (далі — ГПК України) передбачено, що іноземні суб'єкти господарювання мають такі самі процесуальні права і обов'язки, що і суб'єкти господарювання України, крім винятків, встановлених законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Підсудність справ за участю іноземних суб'єктів господарювання визначається цим Кодексом, законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

У виборі законодавства, яке має застосовуватись для врегулювання спірних правовідносин за участю іноземних суб'єктів підприємницької діяльності, господарські суди керуються положеннями **статті 4 ГПК України**. Зокрема, якщо в міжнародних договорах України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, встановлені інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародного договору. Господарські суди у випадках, передбачених законом або міжнародним договором, застосовують норми права інших держав.

Відповідно до **частини першої статті 4 Закону України «Про міжнародне приватне право»** право, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, визначається згідно з колізійними нормами та іншими положеннями колізійного права цього Закону, інших законів, міжнародних договорів України.

В окремих випадках сторони, укладаючи договори (контракти), користуються наданою їм статтею 5 згаданого Закону можливістю вибору права і зазначають законодавство, яке має бути застосовано судом при вирішенні спорів та розбіжностей між сторонами.

У разі відсутності волевиявлення сторін правочину щодо застосовуваного права господарський суд визначає його на підставі колізійної норми, що може міститися або в міжнародних договорах, які відповідно до статті 9 Конституції України є частиною національного законодавства, або в національному законодавстві.

Водночас **статтею 3 Закону України «Про міжнародне приватне право»** закріплено такий принцип: якщо міжнародним договором України передбачено інші правила, ніж встановлені цим Законом, застосовуються правила цього міжнародного договору.

Згідно зі **статтею 38 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»** спори, що виникають між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, іноземними суб'єктами господарської діяльності у процесі такої діяльності, можуть розглядатися судами України, а також за згодою сторін спору Міжнародним комерційним арбітражним судом та Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України та іншими органами вирішення спору, якщо це не суперечить чинним законам України або передбачено міжнародними договорами України.

Отже, вирішення відповідних спорів базується на застосуванні чинного законодавства, що не суперечить приписам статті 9 Конституції України, Закону України «Про міжнародне приватне право», ГПК України, *міжнародних угод, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України* і які відповідно до *статті 3 Закону України «Про міжнародне приватне право»* та *статті 4 ГПК України* мають пріоритетне значення.

У *пункті 9 інформаційного листа Вищого господарського суду України від 31.05.2002 №04-5/608 «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій»*<sup>145</sup> зазначалось, що господарські суди повинні мати на увазі, що Віденська конвенція має застосовуватися у вирішенні спорів за договорами купівлі-продажу, укладеними сторонами, які знаходяться у різних державах, незалежно від посилання на цю Конвенцію у договорі за наявності однієї з таких умов:

— сторони договору перебувають у державах, кожна з яких є учасницею Конвенції;

— згідно з колізійними нормами міжнародного приватного права має застосовуватися матеріальне право держави — учасниці Конвенції.

Сторони договору можуть виключити застосування Віденської конвенції шляхом прямої вказівки про це у договорі або, за умови додержання статті 12 Конвенції, відступити від будь-якого з її положень чи змінити його (стаття 6 Віденської конвенції).

*Статтею 5 Закону України «Про міжнародне приватне право»* передбачено, що учасники правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, яке підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема при вчиненні правочину, на різних стадіях його виконання.

Застосовуючи Віденську конвенцію у розгляді спорів щодо стягнення збитків, господарські суди звертають увагу, зокрема, на *статтю 74 Віденської конвенції*.

Таким, прикладом може бути справа №926/534-6/14, де *Львівський апеляційний господарський суд*, виносячи постанову від 17.09.2015<sup>146</sup>, зокрема, зауважив, що у Віденській конвенції, яка є частиною національного законодавства України на підставі статті 9 Конституції України і положення якої застосовуються до відносин, що складають її предмет, переважно перед нормами українського національного законодавства (стаття 1 Віденської конвенції, частина друга статті 10 Цивільного кодексу України), встановлено відповідне застереження. Згідно цим застереженням *завдані внаслідок порушення договору збитки, що підлягають відшкодуванню (які за Конвенцією включають як прямі збитки, так і втрачену вигоду), не можуть перевищувати шкоди, яку сторона, що порушила договір, передбачала чи повинна була передбачати в момент укладення договору як можливий наслідок його порушення,*

<sup>145</sup> [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v\\_608600-02](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_608600-02).

<sup>146</sup> <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51380851>.

*враховуючи обставини, про які вона в той час знала чи повинна була знати (стаття 74 Віденської конвенції).*

Аналогічне застереження зроблено і в статті 7.4.4 Принципів міжнародних комерційних договорів, розроблених Міжнародним інститутом уніфікації приватного права (Італія, Рим) у 1994 році (далі — Принципи УНІДРУА). **Основна мета такого підходу полягає в тому, щоб сторона, яка не виконала договірних зобов'язань, не була обтяжена компенсацією шкоди, яку вона ніколи б не могла передбачити в момент укладення договору** і ризик настання якої вона могла б покрити страхуванням.

Також господарськими судами під час розгляду відповідних справ враховувались і й положення **статей 78, 79 Віденської конвенції**. Так, у справі №922/5970/14, Харківський апеляційний господарський суд у постанові від 23.06.2015<sup>147</sup> зауважив, що сплата трьох процентів річних від простроченої суми та інфляційних втрат не має характеру штрафних санкцій і є способом захисту майнового права та інтересу кредитора, який полягає в отриманні від боржника компенсації (плати) за користування ним коштами, що належать до сплати кредитором, та відшкодуванні матеріальних втрат кредитора від знецінення коштів внаслідок інфляційних процесів за весь час прострочення їх сплати.

Водночас у **статті 78 Віденської конвенції** встановлено таке правило: **«якщо сторона допустила прострочення у виплаті ціни чи іншої суми, інша сторона має право на відсотки з простроченої суми, без шкоди для будь-якої вимоги про відшкодування збитків, які можуть бути стягнуті на підставі статті 74»**.

При цьому згідно зі **статтею 74 цієї Конвенції** **«збитки за порушення договору однією із сторін становлять суму, що дорівнює тій шкоді, включаючи упущену вигоду, якої зазнала інша сторона внаслідок порушення договору. Такі збитки не можуть перевищувати шкоди, яку сторона, що порушила договір, передбачала чи повинна була передбачити в момент укладення договору як можливий наслідок його порушення, враховуючи обставини, про які вона в той час знала чи повинна була знати»**.

Отже, **за Віденською конвенцією нарахування процентів річних на суму заборгованості не є мірою відповідальності і вважається винагородою кредитором за користування боржником коштами, що мали бути сплачені кредитору**. Такі нарахування не виконують компенсаційної функції (як штрафні санкції, на що зверталася увага вище), їх застосування ґрунтується на презумпції того, що гроші за своєю суттю мають властивості природного приросту, а тому боржник, який вчасно не сплачує належні кошти, повинен передати кредитору і відповідний приріст, який кредитором був би отриманий за умови своєчасного платежу.

В іншій справі №42/90-10(53/113-09) про **стягнення збитків, спричинених невиконанням зовнішньоекономічного договору поставки внаслідок відмови**

---

<sup>147</sup> <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45710029>.

**служби ветеринарному контролю у видачі імпортного карантинного дозволу на ввезення товару на територію відповідної держави**, Вищий господарський суд України (постанова від 30.11.2010<sup>148</sup>) керувався таким.

Оскільки законом не передбачено повноважень господарських судів України залучати до участі у справі державний контролюючий орган іншої країни, у даному випадку неможливо достеменно встановити правомірність дій Федеральної служби ветеринарного та фітосанітарного контролю (яка спочатку надала дозвіл на імпорт товару, а згодом відмовила у його видачі), їх передбачуваність, а також права та обов'язки сторін, пов'язані з виконанням договору поставки, у тому числі звільнення від відповідальності згідно з пунктом 1 статті 79 Віденської конвенції, пунктом 7.1.7 Принципів УНІДРУА.

Так, **пунктом 1 статті 79 Віденської конвенції** встановлено, що *сторона не несе відповідальності за невиконання будь-якого із своїх зобов'язань, якщо доведе, що воно було викликане перешкодою поза її контролем і що від неї нерозумно було очікувати прийняття до уваги цієї перешкоди під час укладення договору або уникнення чи подолання цієї перешкоди чи її наслідків*. Подія, яка характеризується як непередбачувана, повинна відповідати вимозі непередбачуваності, оскільки сторони не могли врахувати на момент укладення договору, що відсутність у покупця певного обладнання спричинить відмову державного контролюючого органу Російської Федерації у наданні імпортного дозволу.

Оскільки комерційні підприємства позивача і відповідача знаходяться відповідно в Україні і Російській Федерації, які є учасниками Віденської конвенції, спірні стосунки згідно з **підпунктом «а» пункту 1 статті 1 цієї Конвенції та статтею 9 Конституції України** підлягають розгляду на підставі положень Віденської конвенції і субсидіарно на підставі цивільного та господарського права України.

Відповідно до **статті 25 Віденської конвенції** порушення договору, допущене однією із сторін, є істотним, якщо воно тягне за собою таку шкоду для іншої сторони, що остання значною мірою позбавляється того, на що вона мала право розраховувати на підставі договору, крім випадків, коли сторона, що порушила договір, не передбачала такого результату, і розумна особа, що діє в тій самій якості за аналогічних обставин, не передбачала б його.

**Статтею 79 Віденської конвенції** встановлено, що *сторона не несе відповідальності за невиконання будь-якого із своїх зобов'язань, якщо доведе, що воно було викликане перешкодою поза її контролем і що від неї нерозумно було очікувати прийняття до уваги цієї перешкоди під час укладення договору або уникнення чи подолання цієї перешкоди чи її наслідків*.

За таких обставин відсутні правові підстави для застосування санкцій, передбачених **статтею 78 Віденської конвенції**.

---

<sup>148</sup> <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12693313>



Вирішуючи міжнародні торговельні спори, судами, як правило, враховуються міжнародні торговельні звичаї, які застосовуються у відповідній сфері зовнішньо-торговельних стосунків.

Зокрема, **Принципи УНІДРУА** розглядаються в міжнародній торговельній практиці у сукупності з Віденською конвенцією, як правила міжнародного торговельного звичаю. При цьому згадані Принципи застосовуються в частині, яка не суперечить матеріальному праву, обраному сторонами.

Як встановлені можна використовувати такі правила, визначені **Принципами УНІДРУА**:

**Стаття 1.7. Сумлінність і чесна ділова практика**

2. Кожна сторона зобов'язана діяти відповідно до прийнятих в практиці міжнародної торгівлі сумлінності і чесної ділової практики.

**Стаття 3.15. Обмеження щодо термінів**

1. Повідомлення про відмову від договору має бути надане протягом розумного терміну, з урахуванням обставин, після того, як сторона, що відмовляється, дізналася або не могла не дізнатися про відповідні факти і отримала можливість діяти на свій розсуд.

**Стаття 6.1.14. Звернення за державним дозволом**

Якщо законодавство будь-якої держави вимагає державний дозвіл, що впливає на дійсність договору або його виконання, і якщо ні це законодавство, ні обставини не вказують на інше, то:

а) якщо лише одна сторона має своє комерційне підприємство в цій державі, ця сторона повинна вжити всіх заходів, необхідних для отримання дозволу;

б) у будь-якому іншому випадку сторона, виконання якої вимагає дозволу, повинна вжити необхідних заходів.

**Стаття 6.1.15. Процедура звернення за дозволом**

1. Сторона, яка повинна вжити заходів, необхідних для отримання дозволу, повинна це зробити без невиправданої затримки і повинна нести всі пов'язані з цим витрати.

2. Ця сторона повинна у відповідному випадку повідомити іншу сторону про видачу або відмову у видачі дозволу без невиправданої затримки.

**Стаття 6.1.16. Невидача і відсутність відмови у видачі дозволу**

1. Якщо, незважаючи на те, що відповідною стороною вжито всіх необхідних заходів, дозвіл не було отримано і одночасно не було відмовлено в його видачі протягом погодженого терміну, або якщо такий термін не був погоджений, то протягом розумного терміну після укладення договору будь-яка сторона має право припинити дію договору.

**Стаття 7.1.7. Непереборна сила (форс-мажор)**

1. Сторона звільняється від відповідальності за невиконання, якщо вона доведе, що невиконання було викликане перешкодою поза її контролем і що від неї не можна було розумно чекати врахування цієї перешкоди під час укладення договору або уникнення чи подолання цієї перешкоди чи її наслідків.



Вищий господарський суд України взяв до уваги те, що відповідач надіслав на адресу позивача лист з проханням припинити відвантаження товару у зв'язку з відмовою Федеральної служби ветеринарного та фітосанітарного контролю у видачі імпортного карантинного дозволу, додавши копії відповідних документів, а згодом звернувся до позивача з пропозицією розірвати договір, посилаючись на неможливість виконати договірні зобов'язання через таку відмову.

Суд касаційної інстанції врахував, що **відповідач своєчасно звернувся за відповідним дозволом, тому на момент укладення договору у нього не було підстав вважати, що у видачі такого сертифіката йому буде відмовлено**, оскільки до цього часу, незважаючи на відсутність певного обладнання, аналогічний сертифікат був ним отриманий і використаний, у тому числі й для виконання зобов'язань за договором з позивачем.

З огляду на зазначені обставини та правові положення Вищий господарський суд України дійшов висновку, що позовні вимоги в тій частині, в якій вони пов'язані з неможливістю відповідача виконати договір (стягнення збитків), не підлягають задоволенню, оскільки **відповідач не міг виконати договір за відсутності карантинного сертифіката, а неотримання його можна вважати «перешкодою поза контролем сторони» і від неї «нерозумно було очікувати прийняття до уваги цієї перешкоди під час укладення договору», що підпадає під приписи статті 79 Віденської конвенції.**

В цілому, можна констатувати, що на сьогоднішній день Віденська конвенція все частіше застосовується господарськими судами при вирішенні відповідних спорів, а її положення беруться в основу прийнятих судових рішень.

## СООТНОШЕНИЕ ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ И НАЦИОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ УБЫТКОВ

(тезисы доклада)

**Черных Юлия** (Украина)

советник ЮФ «ARBITRADE», арбитр МКАС при ТПП Украины

Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже товаров (далее — Венская конвенция) [1], является основополагающим инструментом, регулирующим отношения сторон договора международной купли-продажи товаров. Венская конвенция имеет особое значение для торговли с участием украинских сторон, в силу того, что она является неотъемлемой частью украинского законодательства. Кроме того, участниками Венской конвенции являются 85 государств, что значительно расширяет географию ее применения.

Несмотря на емкость и содержательность, положения Венской конвенции не являются исчерпывающими, и в ряде случаев к отношениям сторон применяется национальное законодательство.

В целом, мы можем выделить 3 таких случая. Во-первых, статья 6 Венской конвенции прямо предоставляет сторонам договора возможность отступить от ее положений — в целом или в определенной части. Во-вторых, национальное законодательство применяется к вопросам, которые не урегулированы Венской конвенцией и не могут быть разрешены на основании ее общих принципов (например, начисление процентов). В-третьих, национальное законодательство применяется к вопросам, не урегулированным Венской конвенцией, но урегулированным договором (например, неустойка). Действительность таких положений оценивается по применимому национальному праву.

Таким образом, непосредственное применение Венской конвенции не исключает применения национального законодательства. Более того, соотношение между Венской конвенцией и национальным законодательством является в некоторой степени условным, так как сама Венская конвенция является в большинстве случаев применением частью национального законодательства.

Что касается определения убытков, положения Венской конвенции составляют целостную систему определения убытков. Так, статья 74 Венской конвенции устанавливает общие правила компенсации убытков, применимые при любых нарушениях (как в случае расторжения договора, так и без него). Статьи 75 и 76 являются специальными статьями, регулирующими возмещение убытков при расторжении договора. Статья 77, в свою очередь, устанавливает обязательство принимать меры к уменьшению размера убытков (*mitigation of loss*) [2].

Целостное толкование данных положений дает нам возможность определить основополагающие принципы определения убытков по Венской конвенции: принцип полной компенсации убытков, причиненных нарушением договора, отраженный в статье 74 конвенции [3]; принцип объективной от-

ветственности; требование предсказуемости ущерба в момент заключения договора (*foreseeability*).

Принцип объективной ответственности предполагает, что нарушитель обязательства несет ответственность за убытки, причиненные нарушением, независимо от вины. Исключение из этого принципа составляет статья 79 Венской конвенции, предполагающая освобождение стороны от ответственности в случае форс-мажорных обстоятельств [4].

Необходимо отметить, что положения Венской конвенции об определении убытков являются определенным компромиссом между регулированием данной сферы, присущим прецедентной и континентальной системам права. Анализ подготовительных работ *travaux préparatoires* к конвенции позволяет сделать вывод, что при обсуждении всех ее норм, включая нормы об определении убытков, поднимались вопросы правового регулирования в различных правовых системах, и была предпринята попытка прийти к общему знаменателю. Влияние системы прецедентного права в конвенции мы видим в принципе предсказуемости убытков, в то же время исключение ответственности в силу форс-мажора свойственно континентальной системе [5].

Таким образом, определение убытков достаточно полно и целостно урегулировано Венской конвенцией. Однако это не исключает значительного влияния национального законодательства. В частности, действительность любых положений договора, изменяющих или дополняющих положения Венской конвенции об определении убытков, оценивается на основании национального законодательства.

В качестве примеров таких договорных положений можно привести наличие в договоре согласованной суммы убытков (*liquidated damages*), ограничение убытков определенным пределом, ограничение убытков определенными типами, исключение определенных типов убытков, введение или ограничение комбинации убытков и дополнительных видов ответственности. Необходимо отметить, что подобные договорные положения являются довольно распространенными в сделках с участием украинских сторон. К таким положениям применяются нормы национального права.

Кроме того, во многих случаях имеет место непосредственное субсидиарное применение материальных норм национального законодательства к вопросам, не урегулированным Венской конвенцией или договором, например, в случае ответственности за нарушение договора, установленной на законодательном уровне. Так, статья 625 Гражданского кодекса Украины предусматривает т.н. инфляционные убытки:

*«2. Должник, просрочивший выполнение денежного обязательства, по требованию кредитора обязан уплатить сумму долга с учетом установленного индекса инфляции за все время просрочки, а также три процента годовых от просроченной суммы, если иной размер процентов не установлен договором или законом».*

Также к нормам, подлежащим субсидиарному применению, относятся ограничение убытков определенным пределом или ограничение комбина-

ции убытков и дополнительных видов ответственности, предусмотренные в законодательстве некоторых стран. Например, согласно части 1 статьи 394 Гражданского кодекса Российской Федерации, если иное не предусмотрено договором, *«если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена неустойка, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой»* (так называемая зачетная неустойка).

Для сравнения, часть 1 статьи 624 Гражданского кодекса Украины предусматривает, что *«если за нарушение обязательства установлена неустойка, то она подлежит взысканию в полном размере, независимо от возмещения убытков»*, если стороны не договорились об ином (так называемая штрафная неустойка).

Еще одним примером того, как нормы национального законодательства могут оказывать непосредственное влияние на определение убытков, являются процессуальные нормы. Положения национального процессуального законодательства определяют бремя доказывания, допустимость доказательств и правила их оценки, нормы, регулирующие зачет встречных требований и др. Процессуальные нормы многих стран предусматривают также определенную дискрецию суда, позволяющую уменьшить размер убытков, подлежащих взысканию. Так, согласно статье 233 Хозяйственного кодекса Украины:

*«1. В случае если надлежащие к оплате штрафные санкции чрезмерно велики по сравнению с убытками кредитора, суд имеет право уменьшить размер санкций. При этом должны быть приняты во внимание: степень выполнения обязательства должником; имущественное состояние сторон, участвующих в обязательстве; не только имущественные, но и иные интересы сторон, заслуживающие внимания.*

*2. Если нарушение обязательства не причинило убытков другим участникам хозяйственных отношений, суд может с учетом интересов должника уменьшить размер надлежащих к оплате штрафных санкций».*

Таким образом, из изложенного выше мы можем сделать вывод, что Венская конвенция достаточно полно и системно регулирует вопрос определения убытков. Статьи 74, 75, 76 и 77 Венской конвенции представляют собой целостную систему определения убытков, основанную на принципах полной компенсации убытков, объективной ответственности и предсказуемости ущерба. Тем не менее, положения Венской конвенции не имеют исключительного характера, и национальное законодательство имеет серьезное значение при определении убытков.

Роль национального законодательства сводится не только к определению действительности тех или иных положений договора, регулирующих вопрос убытков (согласованная сумма убытков, ограничение убытков и т.п.), но оно может и применяться непосредственно на субсидиарной основе (например, взыскание инфляционных, ограничение убытков, взыскание процентов и т.д.). Также большое значение могут иметь нормы процессуального законодательства, в частности, определяющие бремя доказывания, допустимость доказа-

тельств, зачет встречных требований, разумное уменьшение убытков по инициативе суда.

***Использованные материалы:***

1. Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже товаров: [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-e-book-r.pdf>
2. Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, издание 2012 года: [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/clout/CISG-digest-2012-r.pdf>
3. CISG Advisory Council Opinion №6, Calculation of Damages under CISG Article 74: [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=148&sid=148>
4. CISG Advisory Council Opinion №7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG: [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=148&sid=169>
5. Travaux préparatoires — United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980): [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_travaux.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_travaux.html)

## ПРАВО НА ПРОЦЕНТЫ ПО ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ О ДОГОВОРАХ МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ ТОВАРОВ: СУДЕБНАЯ И АРБИТРАЖНАЯ ПРАКТИКА В БЕЛАРУСИ

*Анищенко Алексей (Беларусь)*

*старший преподаватель Белорусского государственного университета;  
партнер, адвокат Адвокатского бюро «СОРАЙНЕН»*

Практически в любом споре, возникающем из международного договора купли-продажи, актуальным является вопрос начисления и взыскания процентов по денежным обязательствам в случае их ненадлежащего исполнения. Например, если одна из сторон договора допустила просрочку в уплате цены или иной суммы. Казалось бы, столь повседневная для участников внешнеторговой деятельности проблема уже давно должна была найти свое ясное и четкое разрешение как в отечественной юридической науке, так и в правоприменительной практике. Однако, несмотря на значительное число публикаций<sup>149</sup> и большое количество споров, разрешенных хозяйственными судами Республики Беларусь<sup>150</sup> и Международным арбитражным судом при БелТПП<sup>151</sup> в том числе и в отношении заявленных сторонами требований о взыскании процентов, данный вопрос по-прежнему остается открытым, юридическая общественность по-прежнему делится на тех, кто «ЗА» и тех, кто «ПРОТИВ», не утихают соответствующие споры как в залах судебных заседаний так и за их пределами.

Ни в коем случае не претендуя на «истину в последней инстанции», а также не погружаясь глубоко в историю развития данной проблемы в Республике Беларусь<sup>152</sup> и соответствующую экономическую подоплеку, в настоящей статье мы попытаемся, по возможности, наиболее четко ее сформулировать и рассмотреть возможные варианты разрешения, в том числе с учетом обширной международной практики применения соответствующих положений Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года (далее — Венская конвенция)<sup>153</sup>.

---

<sup>149</sup> См. например, А.В. Жарский «Взыскание процентов как следствие просрочки в уплате денежного обязательства по договору международной купли-продажи товаров» (Консультант Плюс, «Промышленно-торговое право», 2001, №05).

<sup>150</sup> Статья «Расчеты по внешнеэкономическим сделкам. Взыскание процентов за пользование чужими денежными средствами. Судебная практика» (А.А. Карней, Консультант Плюс).

<sup>151</sup> Статья «Взыскание процентов в соответствии с положениями Венской конвенции» (Я. Функ, Консультант Плюс).

<sup>152</sup> Имеется в виду имевшие место кардинальные изменения в подходах к применению соответствующих положений Венской конвенции, а также к субсидиарному применению принципов УНИДРУА в отечественной судебной и арбитражной практике.

<sup>153</sup> Краткий комментарий применения статей 78 и 84 Венской конвенции государственными и арбитражными судами различных государств — участников Венской конвенции можно найти в Сборнике ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву (соответственно <http://www.uncitral.org/pdf/russian/clout/digest2008/article078.pdf> и <http://www.uncitral.org/pdf/russian/clout/digest2008/article084.pdf>). С конкретными делами, в которых положения статей 78 и 84 Венской конвенции являлись предметом рассмотрения, можно ознакомиться, воспользовавшись поисковой системой Базы данных документации ППТЮ по адресу <http://www.uncitral.org/clout/showSearchDocument.do?lf=898&lng=ru>.

### **В чем собственно проблема?**

В подавляющем большинстве споров, возникающих из международных договоров купли-продажи, эти самые договоры либо вообще не предусматривают обязанность стороны, допустившей просрочку в уплате какой-либо денежной суммы, уплатить с этой суммы какие-либо проценты, а если такую обязанность, вдруг, и содержат, то уж точно «умалчивают» о том, по какой ставке эти проценты должны начисляться. Естественно, в такой ситуации «недалекому» покупателю или продавцу должны помогать подлежащие применению нормы права. Однако, правовые нормы, причем как национальные, так и международные, готового решения сторонам и суду, рассматривающему такого рода спор, к сожалению, во многих случаях не дают. Примером такого «недружественного» к пострадавшей стороне законодательства является и законодательство Республики Беларусь.

В отечественном законодательстве вопросу о начислении и взыскании процентов с просроченных сумм, в первую очередь, посвящена статья 366 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее — ГК), пункт 1 которой сформулирован следующим образом:

*«За пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате либо неосновательного получения или сбережения за счет другого лица подлежат уплате проценты на сумму этих средств. Размер процентов определяется ставкой рефинансирования Национального банка Республики Беларусь на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части, за исключением взыскания долга в судебном порядке, когда суд удовлетворяет требование кредитора исходя из ставки рефинансирования Национального банка на день вынесения решения.*

*Эти правила применяются, если иной размер процентов не установлен законодательством или договором.*

*В случае, если денежное обязательство в соответствии с законодательством подлежит оплате в белорусских рублях в размере, эквивалентном определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах, проценты начисляются на подлежащую оплате сумму в белорусских рублях, определенную по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день исполнения денежного обязательства либо его соответствующей части, а в случае взыскания долга в судебном порядке — на день вынесения решения судом.»*

Какое-то время после вступления в силу ГК 1998 года на практике имели место случаи прямого применения статьи 366 ГК и для взыскания процентов по обязательствам, как выраженным и подлежащим оплате в иностранной валюте. При этом расчет происходил, как правило, с применением механизма, закрепленного в части третьей пункта 1 статьи 366 ГК с пересчетом суммы в иностранной валюте в белорусские рубли с применением установленного Национальным банком Республики Беларусь официального курса белорусского рубля к соответствующей иностранной валюте.



Однако впоследствии Пленум Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь в пункте 5 постановления от 21.01.2004 №1 «О некоторых вопросах применения норм Гражданского кодекса Республики Беларусь об ответственности за пользование чужими денежными средствами» (далее — Постановление №1) разъяснил, что «поскольку учетная ставка Национального банка устанавливается только для обязательств в белорусских рублях, а официально установленной ставки Национального банка по обязательствам в иностранной валюте не существует, то **при использовании иностранной валюты в расчетах по обязательствам** в случаях, порядке и на условиях, допускаемых и определяемых законодательством, **нормы статьи 366 ГК не применяются, если иное не установлено законодательством или договором.**» Учитывая нормативно-правовой характер данного акта и императивность использованной формулировки суды, естественно, восприняли это как руководство к действию, и стали отказывать во взыскании процентов по просроченным суммам, выраженным в иностранной валюте (то есть в первую очередь по внешнеторговым договорам), обнажив тем самым изначально заложенный в статье 366 ГК правовой пробел.

К сожалению, не дают прямого ответа на вопрос о размере процентов, подлежащих начислению в случае просрочки исполнения денежных обязательств по международным договорам купли-продажи товаров и международные договоры Республики Беларусь<sup>154</sup>, включая Венскую конвенцию. Данное обстоятельство объясняется тем, что участниками Венской конвенции являются представители разных правовых систем, которые не смогли договориться о едином размере указанных процентов<sup>155</sup>. Однако, несмотря на отсутствие договоренности в отношении размера процентов, в Венскую конвенцию были включены две статьи, прямо закрепляющие право пострадавшей стороны на уплату процентов. Так, согласно статье 78 Венской конвенции «если сторона допустила просрочку в уплате цены или иной суммы, другая сторона имеет право на проценты с просроченной суммы, без ущерба для любого требования о возмещении убытков, которые могут быть взысканы на основании статьи 74». Согласно пункту 1) статьи 84 Венской конвенции «если продавец обязан вернуть цену, он должен также уплатить проценты с нее, считая с даты уплаты цены».

Не вдаваясь в детали относительно всех нюансов практического применения данных норм на практике<sup>156</sup>, для целей настоящей статьи зафиксируем один принципиальный момент: и статья 78 и статья 84 Венской конвенции, хотя и не определяют конкретный механизм расчета процентов, закрепляют

---

<sup>154</sup> В каких-либо иных международных договорах, которые могли бы помочь в поисках ответа на вопрос о размере подлежащих уплате процентов, Республика Беларусь на сегодняшний день не участвует, да и вряд ли можно предположить что такой договор в принципе существует или будет когда либо заключен в будущем.

<sup>155</sup> О дискуссии относительно размера процентов при согласовании текста статьи 78 Венской конвенции см. например <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-78.html>.

<sup>156</sup> В теории и практике обсуждаются также вопросы правильного определения периода начисления процентов, распределения бремени доказывания, возможности начисления процентов на сумму причитающихся пострадавшей стороне убытков и т.п.

**безусловное право стороны на получение процентов**, то есть, по своей правовой сути являются **императивными нормами прямого действия**.

Таким образом, можно констатировать, что на сегодняшний день законодательство (как национальное, и международное) закрепляет право на взыскание процентов по любым просроченным денежным обязательствам независимо от валюты платежа, однако существует правовой пробел в отношении определения размера процентов, который не восполнен ни в национальном законодательстве Республики Беларусь, ни в международных договорах Республики Беларусь.

В целях еще более четкого уяснения проблемы из всего многообразия возможных ситуаций, в которых перед спорящими сторонами и судом может возникнуть вопрос о возможности взыскания процентов и определении их размера, попытаемся выделить и описать наиболее типичные.

Естественно, наиболее простой (и, к сожалению, реже всего встречающейся на практике) является ситуация, когда стороны самостоятельно — при заключении контракта либо впоследствии<sup>157</sup> — определяют (согласуют) механизм расчета процентов в случае несвоевременного исполнения денежного обязательства, вытекающего из договора. В этом случае суду остается убедиться в наличии юридических оснований для взыскания и проверить правильность расчетов.

Чуть более сложной является ситуация, когда в силу прямого указания на то в договоре или посредством применения судом коллизионных норм к договору применяется такое национальное право, в котором вопрос о размере подлежащих взысканию процентов и разрешен. В качестве примера можно привести законодательство Австрии, Англии, Германии, Италии, Польши, Швеции и ряда других стран. В такой ситуации задачей суда, помимо установления фактических оснований для наличия у истца права на взыскание процентов, дополнительно потребуется установить содержание подлежащих применению норм иностранного права.

#### ПРИМЕР ИЗ ПРАКТИКИ.

*Хозяйственный суд удовлетворил требования английской компании (продавец) с иском о взыскании с белорусского предприятия (покупатель) процентов за просрочку платежа (уплата цены поставленного товара). Соглашение между истцом и ответчиком о праве, применимом к заключенному между ними договору, отсутствовало. Руководствуясь ст. 1125 ГК суд применил к договору право страны продавца, т.е. английское право, в частности Закон о просрочке платежей при погашении торговой задолженности (процентов) от 1998 года, согласно которому проценты на просроченную к уплате сумму начисляются за период со дня, следующего за днем возникновения просрочки в уплате и до момента исполнения основного обязательства по ставке, определяемой Ми-*

---

<sup>157</sup> На практике, полагаем, в качестве такого соглашения может быть квалифицировано наличие заявленного истцом требования о взыскании процентов в определенном размере и отсутствие возражений ответчика в отношении заявленного размера процентов и/или предложенного истцом механизма их расчета. Возражения по существу заявленных требований (то есть возражение против взыскания процентов в принципе), полагаем, не должны препятствовать суду взыскать проценты в заявленном размере при установлении факта просрочки в исполнении денежного обязательства.

нистром финансов Великобритании и закрепляемой приказом, согласованным с Министерством финансов. В рассматриваемом периоде соответствующий приказ устанавливал процентную ставку в размере 8% годовых, прибавляемых к официальной учетной ставке (устанавливается Комитетом по денежно-кредитной политике Банка Англии), действующей на 30 июня (для процентов, начисляемых за период с 1 июля по 31 декабря), или по ставке, действующей на 31 декабря (для процентов, начисляемых за период с 1 января по 30 июня), действующих до момента начала начисления процентов. Таким образом, при расчете суммы процентов было необходимо корректировать процентную ставку каждое полугодие с учетом изменений официальной учетной ставки Банка Англии. Информация об официальной учетной ставке Банка Англии размещена на официальном сайте <http://www.bankofengland.co.uk>. В свою очередь с нормами английского законодательства можно ознакомиться на официальном сайте правовой информации Великобритании <http://www.opsi.gov.uk>.

И наконец, к третьей, наиболее проблематичной группе, можно отнести все те случаи, когда в силу применения норм Венской конвенции или, если Венская конвенция не применяется,<sup>158</sup> то в силу положений договора или применимого национального законодательства право на взыскание процентов имеется, а размер процентов или механизм его определения ни применимым к договору правом, ни самим договором не установлен. Ключ к правильному разрешению именно этой категории споров и пытается подобрать отечественная доктрина и правоприменительная практика на протяжении нескольких последних лет.

### **Есть ли решение?**

Как это ни парадоксально, но решение этой проблемы давно существует. Более того, за время действия Венской конвенции и разрешения споров, вытекающих из договоров международной купли-продажи и подпадающих под ее действие, было предложено и успешно применено на практике множество различных вариантов таких решений. Во всех абсолютно случаях суд исходил — на наш взгляд совершенно правомерно — из императивного характера норм статей 78 и 84 (1) Венской конвенции и безусловного права пострадавшей стороны на получение процентов, при наличии фактических к тому оснований.

В качестве возможных «привязок» процентной ставки при применении статей 78 и 84 Венской конвенции суды и арбитражи разных стран использовали:

- процентную ставку, предусмотренную национальным законодательством, применимым к договору (если таковая имеется);
- процентную ставку, предусмотренную правом страны кредитора;
- процентную ставку, предусмотренную правом страны, в валюте которой должна быть уплачена сумма задолженности (*lex monetae*);

---

<sup>158</sup> Например, когда стороны прямо исключили применение к договору Венской конвенции, что, кстати, весьма характерно для договоров, заключаемых с субъектами хозяйствования из Германии, Швеции или Нидерландов.

- процентную ставку страны, в которой должна была быть уплачена цена;
- процентную ставку, применяемую в соответствии с правом страны должника;
- процентную ставку, применяемую в соответствии с правом страны суда;
- среднюю процентную ставку, преобладающую на основных финансовых рынках;
- ставку процента, обычно признаваемую в международной торговле;
- коммерчески обоснованную ставку, как например LIBOR (London Interbank Offered Rate) или процентную ставку Европейского Центрального Банка<sup>159</sup>.

Отправной точкой в поиске ответа на любой «пробельный» вопрос, связанный с применением Венской конвенции, является статья 7 (2) Венской конвенции, в которой определены две категории возможных «пробелов»: так называемые «внутренние» и «внешние». К «внутренним» пробелам можно условно отнести вопросы, относящиеся к предмету регулирования Венской Конвенции, которые, однако, прямо в ней не разрешены. Такие вопросы в соответствии со статьей 7(2) должны разрешаться в соответствии с общими принципами, на которых основана Венская конвенция, а при отсутствии таких принципов — в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права. В свою очередь «внешние» пробелы — это вопросы, в принципе не урегулированные Венской конвенцией; при их разрешении суд ли арбитраж не должен пытаться найти ответ в общих принципах конвенции, а может сразу переходить к анализу норм применимого национального права.

Что интересно, до настоящего времени ни в теории, ни в правоприменительной практике не существует единого мнения о том, следует ли применять статью 7(2) при разрешении вопроса о размере процентов по статьям 78 и 84 Венской конвенции или нет.

Некоторые авторитетные комментаторы, как например, Д. Хоннолд (J. Honnold) и Д. Бридж (J. Bridge) полагают, что определять размер процентов следует исходя из предписаний статьи 7(2) и общих принципов Венской конвенции. К числу таких общих принципов конвенции (а не общих норм международных коммерческих договоров) относится принцип обеспечения полной компенсации потерпевшей стороны, из которого логично вытекает применение процентной ставки, обычно взимаемой по краткосрочным кредитам в отношении валюты платежа в месте нахождения кредитора или средняя процентная ставка, преобладающую на основных финансовых рынках<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> С конкретными примерами дел и вынесенных решений можно ознакомиться в частности в Сборнике ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, Базы данных документации ППТЮ, а также многочисленных публикациях, посвященных применению Венской конвенции, например J.Lookofsky. *Understanding the CISG* (стр. 153–154), J.Morrissey, J.Graves. *International Sales Law and Arbitration* (стр. 289–291), P. Huber, A. Mullis. *The CISG* (стр. 358–359).

<sup>160</sup> См. например, А.В. Жарский «Взыскание процентов как следствие просрочки в уплате денежного обязательства по договору международной купли-продажи товаров» (Консультант Плюс).

Такой поход является не только сугубо теоретическим, но и подкрепляется конкретными арбитражными решениями<sup>161</sup>.

Однако есть и другая точка зрения (и соответствующие ей судебные и арбитражные решения), которая квалифицирует отсутствие предписаний в отношении механизма расчета процентов в статьях 78 и 84 Венской конвенции как «внешний» пробел и предлагают сразу переходить к поиску ответа на данный вопрос в договоренности сторон, обычае, установившейся между сторонами практике или национальном праве (естественно, когда оно такой ответ может в принципе дать).

Какое-то время по одному из возможных вариантов, а именно посредством применения статьи 7.4.9. Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (далее — Принципы УНИДРУА), следовала и правоприменительная практика Республики Беларусь. Причем закрепленный в указанной выше норме Принципов УНИДРУА механизм расчета процентов<sup>162</sup> мог применяться независимо от того, согласовали ли стороны договора субсидиарное применение к нему Принципов УНИДРУА или нет<sup>163</sup>.

Однако с принятием Постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 02.12.2005 №31 «О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц» (далее — Постановление №31) ситуация коренным образом изменилась. В соответствии с пунктом 40 Постановления №31 право хозяйственного суда применять обычаи международного делового оборота, содержащиеся в Принципах УНИДРУА, было ограничено только теми случаями, когда участники сделки прямо договорились об их применении. Далее в пункте 41 Постановления №31 было указано, что при применении статьи 78<sup>164</sup> Венской конвенции определение подлежащих взысканию процентов производится на основании норм применимого к сделке права. В том случае, если применимым правом является право Республики Беларусь, а валютой платежа выступают белорус-

---

<sup>161</sup> Например Дело №301 ШПГЮ (Решение Арбитражного суда Международной торговой палаты №7585, 1992 год), Арбитражные решения №SCH-4318 и SCH-4366 (1994 год) Венского Международного Арбитражного Суда.

<sup>162</sup> Исходя из положений статьи 7.4.9 Принципов УНИДРУА размер процентов годовых должен составлять среднюю банковскую ставку по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков, преобладающую в отношении валюты платежа в месте платежа, либо, если такая ставка отсутствует в этом месте, такую же ставку в государстве валюты платежа. При отсутствии такой ставки в любом из этих мест в качестве ставки процентов годовых должна применяться соответствующая ставка, установленная законом государства валюты платежа. В частности, доказательством размера такой банковской ставки в Республике Беларусь хозяйственными судами принималась справка одного из системообразующих банков Республики Беларусь о средней процентной ставке по предоставленным им краткосрочным кредитам в иностранной валюте в запрашиваемый период времени.

<sup>163</sup> В то же время никак нельзя согласиться с мнением отдельных авторов о том, что механизм определения размера (ставки) процентов для целей применения ст. 78 Венской конвенции содержится только в статье 7.4.9. Принципов УНИДРУА. Как было указано выше, существует и активно применяется в международной практике множество различных механизмов, преследующих ту же цель, что и статья 7.4.9. Принципов УНИДРУА. И ни в коем случае нельзя отождествлять возможность применения к договору Принципов УНИДРУА с возможностью (или невозможностью) взыскания процентов по статье 78 Венской конвенции.

<sup>164</sup> Надо полагать, что для целей статьи 84 Венской конвенции соответствующие положения Постановления №31 должны применяться по аналогии.

ские рубли, проценты должны определяться на основании статьи 366 ГК. А вот если валютой платежа выступает иностранная валюта, а применимым правом является право Республики Беларусь, то проценты применительно к статье 78 Венской конвенции **могут быть** определены исходя из договоренности сторон о порядке их определения, в том числе посредством применения обычаев международного делового оборота, не противоречащих законодательству Республики Беларусь. Эти же нормы дословно перекочевали в пункты 29 и 30 Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 31.10.2011 №21 «О некоторых вопросах рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц», которым Постановление №31 было отменено.

К сожалению, в настоящее время в белорусской правоприменительной практике сформировалось неоправданно ограниченное, запретительное толкование указанных выше норм. Закрепленная законодателем «возможность» применения обычаев международного делового оборота при наличии договоренности сторон, понимается как запрет на применение этих самых объективно существующих обычаев в отсутствие такой договоренности. Что еще хуже, в данной норме, прочитанной в совокупности с уже упоминавшимся пунктом 5 Постановления №1, многим видится нормативно установленный запрет на взыскание процентов по ст. 78 и 84 Венской конвенции по обязательствам, выраженным в иностранной валюте (то есть практически по всем внешнеторговым договорам), в которых стороны прямо не согласовали порядок расчета процентов или не выбрали в качестве применимого право иностранного государства, закрепляющего конкретный механизм расчета процентов. Уверены, что такой подход является неверным и противоречит нормам и принципам Венской конвенции.

### **Что делать?**

На наш взгляд ответ на этот вопрос однозначен — взыскивать. По крайней мере, во всех случаях, когда к договору подлежит применению Венская конвенция. По нашему глубокому убеждению, если стороны не пришли к согласию о размере процентов или о механизме их расчета, а применимое к договору национальное право не содержит прямого указания на это счет, суд должен либо согласиться с позицией и расчетом, предложенным одной из спорящих сторон, либо самостоятельно определить иной подлежащий взысканию размер процентов, справедливый в данной конкретной ситуации, руководствуясь при этом общими принципами национального и международного права и своим внутренним убеждением.

В противном случае мы оказываемся в ситуации, когда при наличии безусловного права, закрепленного в действующем и обязательном для исполнения международном договоре, отечественные суды, вразрез с устоявшейся международной практикой применения Венской конвенции, фактически отказывают в защите нормативно закрепленного права, ссылаясь на отсутствие в законодательстве механизма реализации этого права. Представляется, что



подобный подход, помимо всей своей нелогичности, не может соответствовать статьям 22 и 60 Конституции Республики Беларусь, гарантировавшим всем равенство перед законом и право без всякой дискриминации на равную защиту прав, свобод и законных интересов компетентным, независимым и беспристрастным судом. Кроме того, санкционированное государством лишение иностранных субъектов права на взыскание процентов, прямо и однозначно закрепленного в статьях 78 и 84 Венской конвенции вполне может быть квалифицировано, как нарушение Республикой Беларусь статьи 27 другой Венской конвенции — Конвенции Организации Объединенных Наций «О праве международных договоров» 1969 г., в соответствии с которой участник международного договора не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора.

Что интересно, законодательство многих Исламских государств вообще запрещает взыскание процентов как противоречащее законам Шариата (*doctrine of Riba*) и, таким образом, даже в случае взыскания процентов, очевидно, остается вопрос об исполнимости вынесенного судебного или арбитражного решения в государстве должника<sup>165</sup>. Однако и в таких случаях международная практика применения статей 78 и 84 последовательно идет по пути защиты закрепленного в Венской конвенции права пострадавшей стороны на взыскание процентов с просроченных сумм, оставляя вопрос об исполнимости такого решения, который очевидно выходит за предмет регулирования Венской конвенции, на усмотрение национального процессуального закона<sup>166</sup>.

И остается только недоумевать, почему, при внесении изменений и дополнений в действующий ГК более тридцати раз белорусский законодатель последовательно оставляет без внимания этот лежащий на поверхности, набивший всем оскомину и при этом, бесспорно, очень важный для правоприменительной практики вопрос, и не предлагает более удачную формулировку статьи 366 ГК. Пока этого не произойдет, можно быть уверенным, что еще много копий будет сломано по данному вопросу на семинарах и конференциях, страницах юридических изданий и залах судебных заседаний.

---

<sup>165</sup> См. J.Morrissey, J.Graves. *International Sales Law and Arbitration*. Стр. 290–291.

<sup>166</sup> В том случае, когда запрет на взыскание процентов в стране должника действительно установлен, наиболее вероятным исходом будет отказ в признании и приведении в исполнении решения по соображениям противоречия публичному порядку. Это, однако, ни в коем случае не говорит о незаконности такого решения и, в принципе, не препятствует его признанию и исполнению в других юрисдикциях, где имеется имущество должника и отсутствует законодательный запрет на взыскание процентов.



## ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ЗАСТОСОВУВАНОГО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКИМИ АРБІТРАЖАМИ: РОЗМЕЖУВАННЯ БАЗОВИХ ПОНЬЯТЬ

*Гайдулін Олександр (Україна)*

*кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного та європейського права (Державний вищий навчальний заклад «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»)*

**Актуальність теми дослідження.** Значущість з'ясування та розв'язання проблем конфлікту кваліфікацій у європейських арбітражах з огляду на останні наполегливі зусилля нашої країни до суцільної євроінтеграції є наочною і тому загально визнаною. Однак у автора цих рядків є й «власний рахунок» до цієї проблематики. Замислившись ще «на зламі тисячоліть» важливим запитанням — *чому сучасна пан'європейська кодифікація приватного права досі не реалізована і перспективи такої європеїзації в площині правотворчості досі не зрозумілі?* — автор виклав результати пошуків відповіді на це питання у низці публікацій, головними з яких є посібник «Європейське контрактне право» у двох частинах [1; 2] і три монографії (дві з яких одноосібні) [3;4; 5].

Узагальнюючи підсумки цих досліджень, необхідно визнати: справжня європеїзація національних систем приватного права відбувається переважно не на поверхні законодавчих процедур, а в глибинах правореалізації, і головним чином — саме у площині найбільш «креативної» юрисдикції, якою є міжнародний комерційний арбітраж. Цим і пояснюється логіка предметної переорієнтації академічного юриста (що не практикує, а переважно теоретизує) з доктрин європеїзації приватного права на праксеологічні питання міжнародного комерційного арбітражу.

**Джерела дослідження.** Емпіричний базис здійсненого дослідження склала досить репрезентативна, хоча й не абсолютно повна інформація, що міститься в електронній базі даних UNILEX, створеній на матеріалах судової та арбітражної практики застосування Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. (Віденська конвенція) (англ. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [CISG] та Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract — PICC) 1994 р., у тому числі й нині чинній їх редакції 2010 р. (PICC-2010) [6]. Дані, відібрані з цієї бази по ключових словах, були оброблені за допомогою електронної програми Textus Pro 1.0, яка методом контент-аналізу вимірює статистику використання прямих входжень ключових слів та їх словоформ.

У якості похідних джерел використано багато узагальнень судової та арбітражної інтерпретаційної практики, які наведені у фундаментальному двотомному виданні відомого чеського цивіліста-міжнародника О. Белоглавека «Європейське міжнародне приватне право — договірні зв'язки та зобов'язання» (Київ, 2010 рік) [7; 8].

**Методологічні засади дослідження.** Хоча на емпіричному етапі досить широко використовувалися елементи статистичних методів, що нагадує методичні прийоми, поширені серед прибічників економічного аналізу права (Law & Economics; Economic Analysis of Law), принципово це дослідження здійснено на базі іншої методології — *правового інтерпретивізму (legal interpretivism)*. Дякуючи системним розробкам та пропагандистським зусиллям вельми відомого американського вченого та практикуючого юриста Рональда Дворкіна (Ronald Dworkin) [9], цей методологічний підхід нині є провідним у Європі і напевно саме тому до нього «пристав» науковий жаргонізм — «європейська правова герменевтика». Природно, в умовах методологічного плюралізму та теоретичної конкуренції «європеїзований» правовий інтерпретивізм позиціонується як alter ego «американізованому» економічному аналізу права і водночас виступає альтернативою як щодо методології юридичного позитивізму, так і щодо природного права.

Однак інтерпретивізм був обраний у якості методологічної засади з'ясування змісту заявлених для аналізу понять не тільки тому, що його назва майже збігається з першим словом теми даної публікації (Interpretivism — Interpretation). Вирішальним тут є те, що саме правовий інтерпретивізм як постмодерна концепція визнає верховенство міжособистісних відносин над абстрактною мораллю і тому санкціонує провідну роль суддівської та арбітражної дискреції у процесі правореалізації. Отже, на відміну від економічного аналізу права, який оцінює правові ситуації з точки зору утилітарно налаштованого економіста-бізнесмена, інтерпретивізм дивиться на правові проблеми очима юриста-судді або арбітра, націленого на тлумачення та реалізацію *Вищої Справедливості (Maxima Iustitia)*.

Конкретизуючи та персоніфікуючи методологічні впливи на здійснене дослідження, передусім необхідно згадати цікаву монографію датської дослідниці Іванни Ємельн'як (Joanna Jemielniak), у якій правове тлумачення в міжнародному комерційному арбітражі проаналізовано з позицій семіотики та аналітичної філософії[9]. Однак для автора даної статті «спочатку було слово», яке оприлюднив ще у 2000 році у вигляді конспекту своєї лекції «Дух арбітражу» (*The Spirit of Arbitration*) видатний індійський юрист і визнаний авторитет з міжнародного арбітражу Фал'і Сем Наріман (Fali Sam Nariman) [11].

**Суть проблеми.** Контент-аналіз англomовних резюме арбітражних справ, наведених в матеріалах електронної бази даних UNILEX, дозволив виявити низку понять, які залежно від контексту можуть інтерпретуватися у значенні «застосовуване право» (звичайно саме так перекладаються українською) і залежно від частоти їх використання розташовуються в такому порядку: (1) *applicable law*; (2) *governing law*; (3) *decisive law*; (4) *proper law*.

Слід додати, що перші два поняття паралельно вживаються у змісті певних міжнародно-правових актів. Так, у тексті Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (1985 р. зі змінами у 2006 р.) (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as

adopted in 2006) [12] виявлено статистику використання слівформ “applicable” та “governing”, які вживаються відповідно 77 та 13 разів у англomовному тексті цього акта.

Не сформовано ще «мовну конвенцію» відносно цих понять і в доктрині міжнародного приватного права. Еволюція використання понять “applicable law” та “decisive law” наочно простежується на прикладі білінгвістичних видань, автором яких є О. Белоглавок. Так, у значенні «застосовуване право» в англо-українській монографії «Міжнародне контрактне право» = “The international contract law” вживається лише поняття “decisive law” [13]. Однак у англо-російському виданні 2009 року той же автор уже одночасно використовує “applicable law” та “decisive law”, які часто перекладаються однаково — «при-меняемое право» [14].

Виникає питання — яким же чином необхідно впорядкувати зміст цих понять?

Це питання викликає не лише академічний, а конкретний практичний інтерес, що має й певні майнові виміри. Без принципового з’ясування та розмежування цих понять не можна гарантувати достатню надійність розв’язання спору. Як мінімум, арбітраж може дійти висновку про те, що сторони зазначили «застосовуваним право» таке право, яке насправді не може бути застосованим, або такий вибір права, здійснено не належним чином. Можлива й більш трагедійна ситуація, коли через застосування некогерентних норм права, які порушують відповідний публічний порядок, арбітражне рішення може виявитися таким, що державний суд не санкціонує його примусове виконання.

**Логіка розв’язання проблеми.** Доцільно розпочати з розмежування понять *decisive law* та *proper law* тому, що завдяки дисертаційній роботі практикуючого юриста у сфері міжнародного арбітражу Д. В. Пшеничнюка підстави співставлення цих термінів стали досить прозорими [15].

Для цього необхідно звернутися до двох конкуруючих концепцій *тісного зв’язку* (*closest and real connection*) — теорії *вирішального виконання* (*characteristic performance theory*), яка є провідною в країнах романо-германської правової традиції, та теорії *належного права* (*proper law theory*), що панує в країнах англо-американської правової родини.

Перша теорія засновує вибір застосовуваного права за певною кваліфікаційною ознакою, яка залежить від цивілістичного поділу договорів на види. Таким чином реалізується об’єктивний, «автоматичний» колізійний підхід за допомогою жорстких прив’язок, що забезпечує правову визначеність, однамітність, та передбачуваність.

Друга ж теорія обґрунтовує вибір застосовуваного права за ознакою суттєвого зв’язку (*significant connection*), яка проявляється у двох формах: (1) територіально-географічної ознаки (фактичні контакти справи із юрисдикцією у вигляді жорстких колізійних прив’язок) та (2) матеріально-політичної ознаки (основи державного та правового устрою та загальні принципи приватного права). Отже, ця теорія виправдовує відкритий підхід (*open-ended*

*approach*) до вибору права, що базується на домислюваному намірі сторін (*presumed intention*) та максимально забезпечує правову гнучкість.

Досліджуване співвідношення понять стає зрозумілим, коли ми підсумуємо: *decisive law* — це застосовуване право, визначене відповідно до «континентальної» доктрини *вирішального виконання*, а *proper law* — це застосовуване право, яке визначене таким на підставі «англо-американської» доктрини *належного права*.

Для більш повного з'ясування значеннєвого змісту понять, заявлених у якості об'єкта порівняльного аналізу, необхідно розмежувати значення базових понять, через які, власне, розкривається сутність процесу правозастосування у загальній теорії права.

Так, під правовим регулюванням зазвичай розуміється масове та систематичне втілення певної сукупності універсальних приписів об'єктивних норм (інституту, галузі, міжгалузевого комплексу) у відокремлені однорідні суспільні відносини. Правореалізація — це вже ситуативне втілення універсальних приписів об'єктивних норм у індивідуалізовані відносини. Своєю чергою, правозастосування — складна форма правореалізації з залученням компетентного органу (суду, арбітражу, адміністративного органу).

Спробуємо знайти англійські відповідники зазначеним термінам, не перекладаючи формат статті скрупкульозними лінгвістичними пошуками. Найчастіше «правозастосування» перекладається як *legal application*, а «правореалізація» — як *legal implementation*. Це дає нам досить важливу підказку — *applicable law* та *implementable law* розмежовуються як право, що застосовується (в арбітражній процедурі), та право, що реалізується (у тому числі й поза арбітражною процедурою).

Результати контент-аналізу англійських доктринально-правових текстів свідчать, що в європейському приватноправовому дискурсі більш актуальним є термін *un-implementable law, a ne implementable law*. У зв'язку з цим доречно припустити, що проблема розмежування застосовуваного права і права, яке реалізоване сторонами, все частіше набуває актуальності, хоча й не є достатньо усвідомленою на доктринальному рівні. Прикладом того, що не будь-яке реалізоване сторонами право при укладенні та виконанні основного договору може бути визнано арбітражем у якості застосовуваного до суті спору, може бути рішення МКАС при ТПП України від 13 жовтня 2004 р., справа №10. У цьому рішенні було констатовано, що сторони не узгодили застосовуване право і замість права, яким вони керувалися при його укладенні, було визначене те, яке арбітражний суд визначив за допомогою колізійних норм чинного законодавства України [16, 91].

Значно складніше з перекладом поняття «правове регулювання». Тут передусім «конкурують» *regulation* та *government*. Причому, як свідчить контент-аналіз відповідних текстів, «частотно» виграє останній англійський прикметник. У зв'язку з цим доречно припустити: *government*, що зазвичай перекладається як «управління», «регулювання», «керування», «лад», «уряд», має дещо

інший зміст, ніж попередньо наведений нами теоретико-правовий термін «регулювання». Здається, що тут йдеться не про регулювання, яке здійснює будь-яке право (у тому числі й звичаєве, церковне, природне тощо), а регулювання, яке здійснює виключно позитивне, державне право.

Саме тому *governing law* слід розуміти передусім як позитивне право, якому підпорядковані відносини певного типу. Це таке регулювання цих відносин, що здійснюється через задіяння всього державно-політичного ладу країни, всіх гілок влади — законодавчої, виконавчої, судової.

Таким чином, можливе наступне концептуальне розмежування. Якщо *applicable law* — це право, яке застосоване для розв'язання міжнародної приватноправової колізії або конфлікту кваліфікацій, то *governing law* — це об'єктивне право певної держави, якому підпорядкований предмет спору і процедура його вирішення. Для того щоб право, що регулює (*governing law*) стало «застосовуваним» (*applicable law*), необхідний певний вольовий акт правореалізації, потрібно «активізувати» таке право самими сторонами спору або арбітражем.

Виходячи з вищенаведеного, логічним буде визнати: якщо застосовуване право обрано таким на підставі автономії волі (*lex voluntatis*) і при цьому належить до систем так званого «недержавного права» (*a non-State body of law*), то воно буде *applicable law*, але жодним чином не може бути віднесене до *governing law*.

З огляду на це стає зрозумілою нормотворча позиція Європейського Парламенту і Ради щодо визначення кола тих правових систем, які можуть бути визнані застосовуваним правом. Йдеться передусім про Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту і Ради від 17 червня 2008 р. «Про право, яке застосовується до контрактних зобов'язань» («Рим I»), що нині належить до *lex loci arbitri*, усіх арбітражів, які виносять свої рішення на суверенній території держав — членів ЄС[16].

Так, у деяких коментаторів викликає подив той факт, що в різних місцях цього акта нібито містяться положення, що конфліктують між собою. Так у п. 13 преамбули цього регламенту вказується «Регламент не перешкоджає сторонам включати до своїх договорів посилання на недержавне право або на міжнародні конвенції». Паралельно у ч. 1 ст. 3, яка встановлює свободу вибору застосовуваного права, приписується, що контракт має регулюватися правом обраними сторонами (*shall be governed by the law chosen by the parties*), але у ч. 3 цієї статті йдеться про те, що таким правом має бути виключно державне право певної країни (*the country whose law has been chosen*).

Якщо враховувати запропоноване нами розмежування базових понять, то жодних непорозумінь на тлі процитованих положень не виникає. Подобається нам це чи ні, але Регламент «Рим I» зайняв певну позицію — застосовуване право на основі вибору сторін (*applicable law chosen by the parties*) завжди має бути позитивним правом певної держави (*governing law*). Удавану колізію між положеннями п. 13 преамбули і ст. 3 регламенту досить вдало «розв'язує» О. Белоглавок, який справедливо погоджується з тим, що «преамбулу можна розуміти з усіх боків як важливе, але виключно тлумачне джерело» [7, 708].

Саме тому «недержавне право», на яке сторони посилаються, аніж не є *applicable governing law*. Якщо таке право з певними застереженнями й можна називати застосовуваним, то необхідно уточнювати — це право застосовуване до процедури тлумачення (*applicable law of interpretation*).

На користь такого висновку свідчить широка та тривала арбітражна практика, яка сформувалася ще задовго до ухвалення Регламенту («Рим I»), і тому цей акт створив не «кабінетну новелу», а закріпив правило, що склалося природним шляхом.

Так А. В. Кукін посилається на одну таку справу, датовану кінцем минулого століття [18]. Вона стосується спору, який виник з двох договорів на поставку сталі, укладених між австрійським продавцем і німецьким покупцем. Спір розглядався Міжнародним арбітражним судом Федеральної Торгової Палати Відня. Віденська Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. була обрана сторонами в якості застосовуваного права. Оскільки ця конвенція не визначає процентну ставку за користування коштами, арбітри заповнили цю прогалину відповідно до статті 7 (2) цієї ж Конвенції. В обох випадках арбітрами з винної сторони була стягнута сума відсотків у розмірі звичайної банківської ставки за короткостроковими кредитами в країні кредитора (оскільки платіж мав бути здійснений саме там). Для обґрунтування цього рішення арбітражним судом було зроблено посилання на ст. 7.4.2. та 7.4.9 (2) Принципів УНІДРУА.

Дуже важливо зазначити, що стаття 7 (2) Віденської Конвенції відсилає до застосування загальних принципів, а один з основних принципів Конвенції полягає в необхідності повного відшкодування заподіяної шкоди. Не менш важливим є те, що тут застосовано не сам акт з назвою «Принципи УНІДРУА», а принцип повного відшкодування заподіяної шкоди. Цей акт використовувався як джерело інтерпретації цього принципу і як приклад правила, яке може з нього випливати.

Показовим з огляду на те як «працює» *applicable law of interpretation* є спір, що розглядався Міжнародним арбітражним судом при Міжнародній торговій палаті у жовтні 2000 року [19]. Позивачем та відповідачем було укладено низку угод, спрямованих на розвиток відповідача як ефективного виробника цементу. Незважаючи на те, що в застереженні про вибір застосовуваного права, включеному до змісту правочинів, було зазначено, що вони регулюються законодавством Литви, позивачем вимагалось також застосування Принципів УНІДРУА та Принципів європейського контрактного права в якості джерел торгових звичаїв, згаданих у статті 17 Регламенту Міжнародного арбітражного суду при МТП.

У частковому рішенні, розв'язуючи питання щодо застосовуваного права, арбітражний суд визнав, що в обох заявлених документах *lex mercatoria* представлена остання кодифікація міжнародних комерційних торгових узвичаєнь. Водночас арбітражний суд вказав, що якщо ці документи не були спеціально включені до угоди між сторонами, то вони в цьому випадку не застосову-



ються і мають не обов'язкову, а переконливу природу як засіб інтерпретації. Арбітражний суд ухвалив, що він буде звертатися у разі необхідності до «відповідних торгових узвичаєнь» відповідно до ст. 17 Арбітражного Регламенту МТП, але таке посилання не буде обмежуватися лише Принципами УНІДРУА та Принципами європейського договірної права.

Типовим є також розгляд справи, що відбувся в Суді міжнародного комерційного арбітражу румунської торгово-промислової палати (29.09.2005) [20]. Вона стосувалася договору між бельгійською компанією (позивач) і румунською компанією (відповідач), який передбачав, що «будь-яке питання, що впливає з договору, але не було явно врегульовано його положеннями, не повинно регулюватися конкретно національною правовою системою. Вони повинні регулюватися виключно загальними принципами права, загально-визнаними до застосування в галузі права міжнародної торгівлі, якщо інше не передбачено будь-якими положеннями контракту».

Відповідно до принципу автономії волі, обраного сторонами в угоді, арбітражний суд розсудив, що посилання на вищезазначені загальні принципи означає посилання на Принципи УНІДРУА міжнародних комерційних договорів. Арбітражний суд виклав наступний абзац Принципів УНІДРУА міжнародних комерційних договорів (1994 р.): «Вони можуть бути застосовані, коли сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватися загальними принципами права, *lex mercatoria* тощо». Отже арбітражний суд застосував Принципи УНІДРУА міжнародних комерційних договорів (1994 р.) як *lex contractus*.

Для розв'язання спору по суті арбітражний суд посилався на статтю 1.8 (2) Принципів УНІДРУА міжнародних комерційних договорів (1994 р.), яка вказує, що «сторони пов'язані звичаєм, який широко відомий і регулярно спостерігається в міжнародній торгівлі сторонами у відповідній галузі торгівлі». Отже основна мета такого «вибору застосовуваного права» — трансформувати відповідні звичаї торгового обороту (як субсидіарного джерела) у головне та єдине джерело права.

**Висновки та узагальнення.** Таким чином, підсумовуючи результати здійсненого дослідження, необхідно констатувати наступне.

Англомовні поняття, які вживаються у значенні «застосовуване право», мають розмежовуватися наступним чином:

*applicable law* — право, яке застосовується арбітражем відповідно до процедури та предмету спору;

*governing law* — право, що регулює — тобто те право, якому об'єктивно підпорядкований контракт, певні акти, загальна та процесуальна правоздатність та дієздатність сторін та сам предмет спору;

*decisive law* — право, необхідність застосування якого вирішується на основі доктрини *characteristic performance*;

*proper law* — право, належне до застосування на основі доктрини *presumed intention* (*proper law theory*).

Враховуючи те, що обмеження, встановлені Регламентом «Рим I» щодо застосовуваного права, вказані в цьому акті не прямо, а мають бути логічно виведені, то сторони арбітражної угоди мають у її змісті позитивно визначити право якої саме держави обирається у якості застосовуваного по суті можливого спору (*applicable governing law*), а також право, яке буде застосовуватися для правової інтерпретації додатково до цього права. Така необхідність може виникнути при реалізації арбітражем аналогії закону, аналогії права або інших проявів арбітражної дискреції наприклад у формі прямого вибору права (*voie directe*) [21, 12–13].

Можливо, що у прагматично налаштованого читача виникне запитання — чи не зайві такі «ускладнення» арбітражної угоди? Чи не «інфікують» вони арбітражну процедуру «вірусом» юридизації, досить небезпечним для третейського розгляду? Категорично — ні. Бо збільшення юридичного тексту далеко не завжди є його ускладненням. Навіть якщо ускладнення змісту арбітражного все ж має місце, то це веде до його все більшої безпрогальності, що своєю чергою спрощує можливу ситуацію розв'язання конфлікту кваліфікацій і робить її більш передбачуваною.

### **Використані матеріали**

1. Гайдулін О. О. Європейське контрактне право (спеціальна частина): курс лекцій / Олександр Олександрович Гайдулін. — К.: КНЕУ, 2015. — 397 с.;
2. Гайдулін О. О. Європейське контрактне право (загальна частина): курс лекцій / Олександр Олександрович Гайдулін. — К.: КНЕУ, 2008. — 277 с.
3. Гайдулін О. О. Зближення контрактного права європейських країн: монографія / Олександр Олександрович Гайдулін. — К.: Видавець Позднишев, 2009. — 293 с.;
4. Гайдулін О. О. Європеїзація контрактного права : монографія / Олександр Олександрович Гайдулін. — К.: КНЕУ, 2012 — 293 с.;
5. Тлумачення правочинів в європейському контрактному праві та договірному праві України: порівняльний аналіз та шляхи зближення / Олександр Олександрович Гайдулін // Проблеми регулювання приватноправових відносин в умовах регіональних та глобальних трансформацій : монографія / За за г. ред. О. Д. Крупчана. — К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, 2012. — С. 102–134.
6. UNILEX: an database of international case law and bibliography on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts [Electronic resource]. Mode of access : <http://www.unilex.info>.
7. Белоглазек А. И. Европейское международное частное право — договорные связи и обязательства. В 2 т. Т.1. / Александр Александр И. Белоглазек. — Киев: Таксон, 2010. — 1576 с.;
8. Белоглазек А. И. Европейское международное частное право — договорные связи и обязательства: [в 2 т.] / Александр И. Белоглазек. — К.: Таксон, 210. — Т. 2. — 1640 с.
9. Дворкин Р. О правах всерьез / Рональд Дворкин; пер. с англ.; ред. Л. Б. Макеева. — М.: РОССПЕН, 2005. — 392 с.

10. *Jemielniak, J.* Legal Interpretation in International Commercial Arbitration / Joanna Jemielniak. — Burlington : Ashgate, 2014. — 258 p. — Series: Law, Language and Communication.
11. *Nariman, Fali S.* The Spirit of Arbitration: The Tenth Annual Goff Lecture / Fali S. Nariman // Arbitration International. — Volume 16. — Issue 3. — P. 261–278. [Electronic resource]. — Mode of access : <http://arbitration.oxfordjournals.org/content/16/3/261>
12. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. [Electronic resource]. — Mode of access : [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)
13. *Белоглаvek О.* Міжнародне контрактне право / Олександр Белоглаvek. — К.: Таксон, 2000. — 270 с. — парал. укр., англ. = *Beloglavek A.* The international contract law. — К. Tacson, 2000. — 270 p.p.
14. *Белоглаvek А. И.* Арбитраж, ordre public и уголовное право = Arbitration, ordre public and criminal law (Взаимодействие международного и национального частного и публичного права) / Александр И. Белоглаvek. Т. 1 . — К. Tacson, 2009. — ССXXI, 1437 с.
15. *Пшеничнюк Д. В.* Колізійний принцип тісного зв'язку у міжнародному приватному праві [Текст]: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03-цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Д. В. Пшеничнюк; наук. кер. В. Я. Калакура; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — Київ: Б. в., 2011. — 23 с.
16. Практика МКАС при ТПП України. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. — К. : Праксисіс, 2006. — 864 с.
17. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) // Official Journal of the European Union. — 4.7.2008, L 177. — P. 6.
18. *Кукин А. В.* Практика применения принципов УНИДРУА / Артем Владимирович Кукин // Законодательство и экономика, 1999, №12. <<http://www.yust.ru/press-center/publication/158/>>
19. UNILEX: an database of international case law and bibliography on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts / Arbitral Award Number: 10022 [Electronic resource]. — Mode of access: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=695>
20. UNILEX: an database of international case law and bibliography on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts / Arbitral Award Number 261 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1789>
21. *Слипачук, Т.* Возрождение правила “voie directe” в международном арбитраже / Т. Слипачук // Юридическая практика. — 2008. — №20. — С. 12–13.

## **ПРАВО, ЩО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ СТОРІН АРБІТРАЖНОГО СПОРУ**

*Петров Ярослав (Україна)*

*радник ЮФ «Астерс», член Правління та генеральний секретар  
Української Арбітражної Асоціації*

Питання правосуб'єктності сторін, і, відповідно, права застосовного до визначення правосуб'єктності може поставати на таких стадіях, як підписання арбітражної угоди, перевірки чи оскарження дійсності арбітражної угоди, арбітражного розгляду, оскарження арбітражної угоди, визнання та виконання арбітражного рішення.

Право, що застосовується при встановленні правосуб'єктності сторін може відрізнитися від права, яким регулюється арбітражне застереження. Так, до арбітражного застереження застосовується право, застосовне до основного договору, або ж право, яке сторони обрали для арбітражного застереження. В той же час, право, що застосовується для встановлення правосуб'єктності — це право країни громадянства для фізичної особи, або право країни реєстрації юридичної особи.

### **Врегулювання міжнародними угодами**

Відповідно до положень Статті 6 Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, сторони арбітражної угоди повинні бути наділені правосуб'єктністю укладати таку угоду відповідно до права, яким регулюється їх правовий статус. Стаття V (1) Нью-Йоркської Конвенції також закріплює визначення правосуб'єктності сторін відповідно до особистого закону, тобто права їх громадянства (реєстрації) або доміцилію.

Так, у рішенні Стокгольмського арбітражу у справі 4381/1996 було наголошено, що правосуб'єктність сторони укладати арбітражну угоду встановлюється відповідно до особистого закону цієї сторони.

### **Відмінність обсягу правосуб'єктності у різних юрисдикціях**

В процесі встановлення правосуб'єктності сторін виникає ряд проблемних моментів, які варто мати на увазі як на етапі укладення арбітражної угоди, так і в процесі розгляду арбітражного спору. Нижче розглянуті актуальні питання та наведена деяка міжнародна судова практика.

#### *Обсяг повноважень укладати арбітражні угоди*

Правосуб'єктність фізичної особи щодо надання згоди на передачу спору на розгляд арбітражним судом є предметом регулювання права її громадянства або місця постійного проживання (доміцилію). Правосуб'єктність юридичної особи є предметом регулювання права її місця утворення, провадження господарської діяльності або місця знаходження, а також додатково регулюється її установчими документами. Національним правом можуть встановлюватися

значні обмеження, наприклад, відповідно до українського права, тільки юридична особа або фізична особа-підприємець має право укладати зовнішньоекономічні контракти, відповідно це правила також розповсюджується щодо укладення арбітражної угоди.

#### *Особливості укладення арбітражних угод юридичними особами публічного права*

Стаття II(1) Європейської конвенції 1961 року визнає дійсними арбітражні угоди, укладені юридичними особами публічного права, так само як і юридичними особами приватного права. Термін юридична особа публічного права тлумачиться досить широко, включаючи державні підприємства, самі держави та будь-які інші державні органи. Крім того, у справі *Compagnia Generale Construzione "COGECO" S.p.A. v. Piersanti* було здійснено спробу кваліфікувати міжнародну організацію як юридичну особу публічного права у світлі Конвенції.

В іншій справі (*рішення МТП №2091*), арбітри звернулися до розмежування двох типів державної діяльності: (а) управлінська або публічна діяльність (*jure imperii*) та (б) господарська або комерційна діяльність (*jure gestionis*). Посилаючись на статтю II(1) Європейської конвенції, арбітри прийшли до висновку, що держава не може заборонити особам публічного права передавати свої спори до арбітражу, навіть якщо така заборона передбачена правом цієї держави. Слід мати на увазі, що при підписанні, ратифікації або приєднанні до Конвенції країни мали можливість зробити застереження щодо застосування положень статті II(1) та таким чином обмежити можливість юридичних осіб публічного права укладати арбітражні угоди. Метою цієї норми є уникнення випадків, коли держава або державне агентство (орган), посилаючись на своє внутрішнє законодавство, ініціюють анулювання угоди, якої яку свого часу добровільно уклали.

Узагальнюючи підходи національного права різних країн щодо обсягу правосуб'єктності держави та юридичних осіб публічного права, можна виділити принаймні три групи країн:

(i) країни, у яких, відповідно до права, судової практики або доктрини права, держава та інші юридичні особи публічного права мають достатньо широкую свободу щодо укладення арбітражних угод (напр., Велика Британія, Данія, Італія, Індія, Південна Африка, США, Австралія, Німеччина, Швейцарія, Бразилія, Єгипет, Греція, Мексика тощо);

(ii) країни, у яких юридичні особи публічного права істотно обмежені у праві укладати арбітражні угоди (напр., Бельгія, Аргентина, Іран, Індонезія, Уругвай, Венесуела та ін.); та

(iii) країни, у яких це заборонено у національних правовідносинах, але дозволено та практикується у міжнародних комерційних правовідносинах (напр., Франція, деякі країни Східної Європи тощо).

Із питанням правосуб'єктності держави або державних органів щодо укладення арбітражних угод тісно пов'язане питання державного імунітету. В аспекті застосування державного імунітету, необхідно розрізняти арбітражні угоди, що

стосуються лише комерційної діяльності держави (*acta jure gestionis*), та арбітражні угоди, пов'язані із здійсненням державно-владних функцій (*acta jure imperii*), що часто суміжні із інвестиційними спорами. Правова доктрина визнає ще більш вузький підхід до застосування державного імунітету, відповідно до якого:

(i) компанії, повністю підконтрольні державі, проте юридично відособлені від неї, не можуть претендувати на державний імунітет під час розгляду справи міжнародним комерційним арбітражем;

(ii) держава та її підприємства, що не є відокремленими юридичними особами, не можуть мати імунітет від арбітражного вирішення спору, оскільки імунітет *a priori* недоступний у справах, що стосуються комерційної діяльності держави, а у справах, пов'язаних із здійсненням державно-владних функцій укладення арбітражної угоди має розцінюватися як відмова від імунітету.

Національне законодавство нерідко встановлює обмеження щодо можливості передавати спори між державою або державними органами та приватними особами до арбітражного розгляду. Так, наприклад, відповідно до статті 2060 Цивільного Кодексу Франції, спори щодо державних податків та зборів, державних установ та усіх питань стосовно державної політики, не можуть передаватися до арбітражу. Проте, публічним юридичним особам, що здійснюють комерційну діяльність, шляхом видання спеціального указу можуть бути надані повноваження на укладення арбітражних угод. Відповідно до законодавства Саудівської Аравії, держава або державні агентства (органи) повинні отримати схвалення від відповідних органів до того, як брати участь у міжнародному комерційному арбітражному процесі.

#### *Можливість укладення арбітражної угоди на підставі довіреності*

Обсяг повноважень та право, застосовне до агентських правовідносин визначається за принципом *locus regit actum* (форма угоди визначається законом місця її укладення).

Прикладом застосування даного принципу є справа *Total Soc. It.p.a. (Italy) v. Achille Lauro (Italy)*, у якій дві італійські сторони були зобов'язані національним судом звернутися до арбітражу у Лондоні, у відповідності до угоди, укладеної за участю агента-представника у Парижі. Незважаючи на те, що відповідно до італійського права вимагалася письмова форма довіреності, в той час, як повноваження агента-представника фактично були встановлені лише усними доказами, італійський суд визнав угоду про передачу спору на розгляд арбітражу, оскільки право Франції допускає усну форму встановлення представництва.

У іншій справі, Лондонський Арбітражний Суд ухвалив рішення на користь фінського судовласника у справі проти іспанського орендаря судна, незважаючи на аргумент останнього щодо невідповідності довіреності представника формальним вимогам права Іспанії. Суд застосував право Фінляндії як місця складання складення довіреності.

Арбітражна практика рясніє справами стосовно оскарження дійсності арбітражних угод на підставі недостатності повноважень підписантів відповідно



до права країни реєстрації компанії, що виступає стороною такої угоди. Суди визнають, що якщо особи, які підписали угоду, не були включені до комерційного реєстру та до списку осіб, уповноважених брати на себе зобов'язання від імені компанії, така угода не може вважатися дійсною для компанії.

#### *Можливість приймати участь у арбітражному процесі*

Статус компанії, що є стороною арбітражного розгляду у більшості випадків визначається правом країни, де така компанія була утворена. Під час впровадження застосування процедури банкрутства, неплатоспроможна компанія може бути позбавлена права бути стороною певних угод (наприклад, щодо вибору права або укладення арбітражних угод) відповідно до права країни реєстрації.

Цікавим прикладом може слугувати справа *Vivendi SA et al. vs Deutsche Telecom AG et al. and Elektrim SA et al.*, у якій Федеральний Верховний Суд Швейцарії підтримав рішення арбітражу стосовно припинення арбітражного розгляду у зв'язку з відсутністю юрисдикції, у справі проти польської компанії Elektrim, яка була визнана банкрутом після початку арбітражного розгляду. Підставою для прийняття даного рішення стало положення національного законодавства Польщі про банкрутство, відповідно до якого з дня оголошення банкрутства арбітражні угоди, укладені банкрутом втрачають юридичну силу, а будь-які триваючі арбітражні процеси мають бути припинені.

Вказана справа викликала активні дискусії стосовно того, чи можливість компанії продовжувати виступати стороною арбітражу, у випадку застосування до неї процедури банкрутства, має вирішуватися відповідно до законодавства країни її реєстрації чи країни місця проведення арбітражного розгляду спору. Так, на протигагу рішенню Федерального Верховного Суду Швейцарії, Лорд Лонгмор зазначив стосовно паралельної справи між Vivendi SA та Elektrim SA, що вирішувалася у Лондонському Арбітражному Суді, що питання можливості продовження арбітражного розгляду має вирішуватися у відповідності до права місця проведення арбітражу.

У 2012 році Федеральний Верховний Суд прийняв рішення у справі №4A\_50/2012 з аналогічними обставинами, у якому зазначив, що іноземна компанія-банкрут, яка має правосуб'єктність відповідно до права країни реєстрації може бути стороною міжнародного арбітражного процесу з місцем розгляду у Швейцарії. Будь-які обмеження, встановлені таким правом стосовно арбітражного процесу не мають значення, якщо вони не впливають на наявність у сторони правосуб'єктності.

Тобто, незважаючи на дійсність арбітражної угоди, внаслідок визнання неплатоспроможності боржника, за правом тієї чи іншої країни арбітражний розгляд може бути припинено.

#### *Арбітрабільність спору*

Суди можуть відмовити у визнанні арбітражної угоди за правом їхньої країни, у разі, якщо спір є неарбітрабільним. Доволі чітке формулювання остан-

нього речення статті VI(2)(с) Європейської конвенції 1961 року підтверджує, що суд не повинен приводити до виконання арбітражне застереження, не зважаючи на застосовне до нього право, якщо позов не є арбітрабельним відповідно до права країни місця знаходження арбітражного суду. Цікаво, що, Апеляційний суд Монако, розглядаючи справу *Monaco №E1 (NYC1)*, зазначив, що заборона передавати спори до арбітражу не розповсюджується на арбітражні угоди щодо міжнародних торгових договорів.

### **ВИСНОВОК**

На основі розкритих вище питань, можна зробити висновок, що правосуб'єктність сторін арбітражної угоди є основоположним моментом при укладення такої угоди та одним із визначальних факторів для питання встановлення дійсності арбітражної угоди. Враховуючи всю складність міжнародної комерційної діяльності та наявність численних міжнародних договорів, конвенцій, колізійних норм міжнародного права, а також, особливості особливостей національного законодавства різних країн, інколи відповідь щодо наявності чи відсутності достатньої правосуб'єктності у сторін арбітражної угоди не може бути однозначною. Необхідно розуміти, окрім самого змісту арбітражного застереження, важливим є ретельне дослідження проблемних питань, що пов'язані зі статусом сторін арбітражної угоди, представництвом сторони за довіреністю, проведенням процедури банкрутства щодо сторони, обсягом ввірених сторони повноважень, арбітрабельністю та правильним вибором права, за яким зазначені питання можуть бути встановлені. Все це, по суті, є тими стовпами, на яких базується арбітражний розгляд справи.

## ПРАВО, ПРИМЕНЯЕМОЕ К ВОПРОСАМ ДОКАЗЫВАНИЯ

(тезисы доклада)

**Пильков Константин** (Украина)

к.ю.н., адвокат, партнер ЮФ “Cai & Lenard”

Деятельность по доказыванию в международном коммерческом арбитраже подпадает под регулирование различных норм и даже находится под влиянием различных правовых систем. Однако это не создает противоречий в понимании сущности правового регулирования доказывания в арбитраже и не дает повода для того, чтобы отвергать понятие «доказательственное право» (*evidence law*) как удобную с теоретической и практической точки зрения категорию в арбитраже. В этом контексте мы вполне можем согласиться с Б. Макалистер и А. Блум, по мнению которых, тезис о том, что в арбитраже отсутствуют правила доказывания, является не только неправильным, но и внутренне противоречивым<sup>167</sup>. Даже наоборот, принимая во внимание те особенности, которые присущи доказыванию в арбитраже, вполне обоснованно можно выделять совокупность норм, которыми оно урегулировано.

В международном коммерческом арбитраже общепризнанным является разграничение (1) материального права, которое применяется к спорным отношениям, а также (2) процессуального права, которым руководствуются арбитры, права места арбитража и некоторых других правопорядков, которые иногда объединяют в общую категорию процессуального права. Разграничение это только кажется определенным, четкой границы между ними нет. В вопросах доказывания размытость этих границ особенно ощутима.

Понятие «процессуальное право» в международном коммерческом арбитраже не имеет единого определения и ясно очерченных пределов. В наиболее широком из употребляемых смыслов оно означает все, что не относится в материальному праву, применяемому для разрешения спора. Авторитетный практик арбитража Ян Полсон провел черту между правом, применяемым в арбитраже (материальное право) и правом, применяемым к арбитражу, которое можно было назвать процессуальным, хотя оно охватывало не только процессуальные вопросы<sup>168</sup>. Сердцевину процессуального права в широком смысле составляет *lex arbitri*. Сторонники более узкого толкования понятия процессуального права считают ошибочным попытку покрыть этим понятием все, что не относится к применимому материальному праву. Для них процессуальное право — это даже не *lex arbitri*, а те правила сугубо процессуального

---

<sup>167</sup> McAllister B. Evidence in Arbitration / Bruce McAllister and Amy Bloom // Journal of Maritime Law & Commerce. — 2003. — Vol. 34. — №1. — p. 35.

<sup>168</sup> Henderson A. Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration. Unraveling the Laws of the Arbitration Process / Alastair Henderson // Singapore Academy of Law Journal. — 2014. — №26. — p. 887.

характера, которые установлены для рассмотрения спора (в том числе в арбитражном регламенте).

Говоря о процессуальном праве в международном коммерческом арбитраже как о системе норм, которая оказывает наибольшее влияние на деятельность по доказыванию, мы должны четко отделять его от права, которым руководствуются суды в национальных судебных процессах. В научно-практической литературе преобладает подход, согласно которому процессуальное право страны места арбитража, то есть закон, которым руководствуются национальные суды при рассмотрении аналогичной категории дел (*lex fori*), не подлежит применению в международном коммерческом арбитраже<sup>169</sup>. В то же время, среди ошибок, которые делают начинающие практики, первенство занимают те, которые связаны с попытками применить к вопросам доказывания в арбитраже подходы и даже нормы, которыми руководствуются суды в национальных процессах<sup>170</sup>. Процессуальное право, которым руководствуются национальные суды (*lex fori*), не регулирует деятельность по доказыванию в арбитраже, если только стороны не договорились о его применении или законодательством специально не предусмотрено обязательность его положений.

Право, регулирующее арбитраж (*lex arbitri*), некоторые ученые условно разделяют на внутреннее (*internal lex arbitri*), то есть то, которое регулирует отношения сторон и арбитражного суда, собственно процессуальное право, и внешнее (*external lex arbitri*) — то, что касается признания арбитража государством, устанавливает пределы внешнего вмешательства и помощи судов.

При этом, учитывая растущее признание автономии сторон в определении правил арбитража и необязательности связи этих процессуальных правил арбитража с правом определенной страны, особенно в случае последующего добровольного исполнения арбитражного решения, *external lex arbitri* не всегда является правом определенной страны, с которым арбитраж имеет территориальную связь (*lex loci arbitri*)<sup>171</sup>. Речь идет о так называемой делокализации международного коммерческого арбитража. Однако, даже с учетом распространения тенденции к делокализации, которая признана многими отечественными и иностранными учеными и практиками<sup>172</sup>, мы не можем оставить без вни-

---

<sup>169</sup> См. Landolt P. Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Phillip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Vol. 28, Issue 2. — p. 184; Goode R. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration / Roy Goode // Arbitration International. — 2001. — Vol. 17. — №1. — p. 36; Jacquet J.-M. Dispute Settlement International Commercial Arbitration: 5.5 Law Governing the Merits of the Dispute / Jean-Michel Jacquet // United Nations Conference on Trade and Development. — United Nations, New York and Geneva, 2005 — p. 3; Baniassadi M. R. Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration / Mohammad Reza Baniassadi // Berkeley Journal of International Law. — 1992. — Vol. 10, Issue. 1, Art. 2. — p. 84.

<sup>170</sup> Strong S. I. Research in International Commercial Arbitration: Special Skills, Special Sources / S.I. Strong // The American Review of International Arbitration. — 2009. — Vol. 20. — №2. — p. 136.

<sup>171</sup> Mistelis L. Reality Test: Current State Of Affairs In Theory And Practice Relating To "Lex Arbitri" / Loukas Mistelis // The American Review Of International Arbitration. — 2006. — Vol. 17. — p. 180.

<sup>172</sup> См. Кравцов С. О. Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Кравцов Сергій Олександрович; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2012. — с. 38.; Mistelis L. Reality Test: Current State Of Affairs In Theory And Practice Relating To «Lex Arbitri» / Loukas Mistelis // The American Review Of International Arbitration. — 2006. — Vol. 17. — p. 180.

мания то, что сама система признания и исполнения арбитражных решений, сформировавшаяся в рамках Нью-Йоркской конвенции, существенным образом связывает возможность признания и исполнения решения с его соответствием праву страны, в которой имел место арбитраж (статья V (d)) или в которой было принято арбитражное решение (статья V (a) и (e))<sup>173</sup>. То есть Нью-Йоркская конвенция поддерживает именно концепцию территориальной связи, которая, вместе с тем, является юридической фикцией. Поэтому делокализация проявляется достаточно отчетливо пока только тех в случаях, когда арбитраж не нуждается в каком-либо содействии государств для приведения в исполнение своих решений, как например в спорах в отношении доменных имен.

Однако в общем и целом, обоснованным остается мнение о том, что общие принципы правового регулирования доказывания определяет законодательство об арбитраже страны места арбитража (*lex loci arbitri*)<sup>174</sup>.

В странах, имплементировавших Типовой закон ЮНСИТРАЛ, этот правовой массив воплощен, прежде всего, в соответствующем специальном законе о международном коммерческом арбитраже. В этом законе нормы, касающиеся доказательств и доказывания, можно условно разделить на две группы:

- первую группу составляют нормы, которыми урегулированы процедурные аспекты получения доказательств (статья 18, часть 1 статьи 19, часть 2 статьи 22, статья 23–27),
- вторую группу составляют нормы по определению допустимости, относимости, существенности и значимости доказательств (часть 2 статьи 19).

Для обеих групп норм характерно закрепление широкой автономии сторон и арбитражного суда.

В то же время законодательство об арбитраже не содержит детальных норм процедуры доказывания и оставляет на усмотрение сторон установление этих процессуальных правил, а в случае отсутствия согласия сторон — на усмотрение арбитражного суда, поскольку эти «внутренние» процессуальные правила, в отличие от «внешних», не затрагивают интересов других субъектов, кроме участвующих в рассмотрении.

Подчеркивая важность урегулирования именно «внешнего» процессуального аспекта, исследователи указывают, что *lex loci arbitri* производит наиболее ощутимое влияние на автономность регулирования процесса получения доказательств в трех важных направлениях: определяет полномочия арбитражного суда при получении доказательств; устанавливает доступность помощи местного суда в обеспечении принудительного исполнения приказов арбитражного суда; предусматривает возможность обратиться в суд для содействия в по-

---

<sup>173</sup> Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (подписана в Нью-Йорке 10 июня 1958 года). / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — 1973. — с. 28–38.

<sup>174</sup> Moss G. c. International Arbitration and the Quest for the Applicable Law / Moss Giuditta Cordero // Global Jurist. — 2008. — Vol. 8, Issue 3. — Article 2. — p. 8.

лучении доказательств вне арбитражного рассмотрения<sup>175</sup>. В то же время автономия сторон и арбитражного суда в вопросах установления процессуальных правил доказывания, а также в решении вопросов об определении допустимости, относимости, существенности доказательств, а также их оценки, закреплена в законодательстве об арбитраже без специальных ограничений.

Полномочия арбитражного суда по решению вопросов доказывания, таким образом, самым общим образом закреплены в *lex arbitri*. Они детализированы в арбитражных регламентах, в которых они, как правило, также не находят ограничений. Вместе с тем их реализация всегда осуществляется с учетом основных принципов международного арбитража, каковыми являются равное отношение к сторонам, предоставление сторонам возможности изложить свои аргументы и осуществления арбитражного разбирательства в рамках соглашения сторон. Эти принципы являются обязательными для арбитражного суда не только в силу того, что они, как правило, закреплены в *lex arbitri*, но и потому, что приобрели значение составляющей транснационального публичного порядка, категории, влияние которой на регулирование деятельности по доказыванию в международном коммерческом арбитраже сложно переоценить.

Некоторые вопросы доказывания могут быть закреплены на уровне общих принципов права, которые выходят за рамки транснационального публичного порядка и формирование которых уже происходит под влиянием различных правовых систем.

Общими принципами права в арбитраже защищены, например, привилегии, такие как тайна общения с юристом, врачом и журналистом, содержание переговоров об урегулировании спора, содержание документов, которые касаются национальных интересов, а также коммерческие и деловые секреты. Обязанность стороны действовать добросовестно также может рассматриваться как общий принцип права, подлежащего применению, например, при решении вопроса о применении привилегии<sup>176</sup>.

Принципы права могут составлять часть международного публичного порядка страны места арбитража и таким образом влиять на действительность арбитражного решения.

Принцип автономии сторон в международном коммерческом арбитраже предполагает признание права сторон определять порядок ведения разбирательства и обязанность арбитражного суда вести разбирательство с учетом принятых сторонами совместных решений (достигнутого сторонами соглашения).

Соглашение сторон в этом случае понимаются достаточно широко: это и правила разбирательства, которые стороны согласились применять, заключив арбитражное соглашение, и любые отступления от этих правил, согласованные

---

<sup>175</sup> Perloff S. The ties that bind: The limits of autonomy and uniformity in international commercial arbitration. — University of Pennsylvania Journal of International Business Law. — 1992. — Vol. 13:2. — pp. 345–346.

<sup>176</sup> Camerer V. Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol.2. — №3. — pp. 43–44.



сторонами; это также указания арбитражному суду и заявления одной стороны, встреченные согласием другой (например, признание отдельных фактов). Стороны, реализуя свою автономию, не могут преступать норм, обеспечивающих соблюдение публичного порядка. Поскольку к последним относится также принцип справедливого разбирательства, то не лишним будет отметить, что стороны своим соглашением не могут ограничить себя в праве на справедливое разбирательство. Арбитражное решение, принятое с соблюдением соглашения сторон, но с нарушением права на справедливое рассмотрение, подвергается риску быть отмененным или не допущенным к принудительному исполнению.

Таким образом, выстраивается определенная иерархия правового регулирования деятельности по доказыванию в международном коммерческом арбитраже, вершину которой составляют принципы транснационального публичного порядка, а фундаментальные принципы права, которые могут быть частью международного публичного порядка в определенной стране, занимают следующую ступень. Далее в этой иерархии есть место для автономии сторон в определении правил доказывания.

Хотя Типовой закон ЮНСИТРАЛ и законодательство о международном коммерческом арбитраже многих стран обязывает арбитров соблюдать соглашение сторон, все же в арбитражной практике и в законодательстве отдельных стран эта обязанность рассматривается как таковая, выполнение которой не должно противоречить нормам, подлежащим обязательному применению (*mandatory rules*). Как правило, когда речь идет о нормах, подлежащих обязательному применению, имеются ввиду нормы *lex arbitri*, не допускающие отступления даже посредством соглашения сторон. Соблюдение обязательных норм, которые подлежат применению независимо от сделанного сторонами выбора правил, часто рассматривается как вопрос публичного порядка<sup>177</sup>. Препятствием для выполнения соглашения сторон в этом случае является то, что его выполнение привело бы к принятию арбитражного решения с нарушением публичного порядка. В литературе также обосновывается мнение, что обязательные нормы и публичный порядок, даже национальный — это все же разные вещи. Такой подход допускает отступление от казальных бы обязательных норм. Это требует, чтобы в качестве действительно обязательных норм рассматривались не те, которые ввиду одной лишь своей формулировки не предполагают отступления, а те, отступление от которых нарушало бы публичный порядок. Как справедливо отмечают эксперты ЮНКТАД, взвешенным можно считать подход арбитра, который учитывает возможное несоответствие арбитражного решения международному публичному порядку, когда решает, следует ли применять определенные обязательные нормы<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Maniruzzaman A.F.M. International Arbitration and Mandatory Public Rules in the Context of State Contracts: An Overview / A.F.M.Maniruzzaman // Journal of International Arbitration. — 1990. — Vol.7. — №0.3. — p. 57.

<sup>178</sup> Jacquet J.-M. Dispute Settlement International Commercial Arbitration: 5.5 Law Governing the Merits of the Dispute / Jean-Michel Jacquet // United Nations Conference on Trade and Development. — United Nations, New York and Geneva, 2005. — p. 29.

Кроме того, выполнение соглашения сторон должно быть возможным. Статья 21 Шведского закона об арбитраже прямо устанавливает обязанность арбитров руководствоваться соглашением сторон в той мере, в какой этому нет препятствий<sup>179</sup>. Некоторые арбитражные регламенты и руководства по раскрытию доказательств даже содержат специальные правила о том, что соглашение сторон в отношении отдельных вопросов доказывания обязательно для арбитров, если только арбитражный суд не посчитает необходимым отступить от условий такого соглашения<sup>180</sup>. Следует отметить, что в этом последнем случае такое отступление от условий соглашения на самом деле отступлением не является, в отличие от тех случаев, когда отступление совершено со ссылкой на законодательство. Дело в том, что стороны, достигнув соглашения о применении того или иного арбитражного регламента или правил получения доказательств, согласились также и на то, что к их соглашению будет применяться содержащееся в них положение о возможном отступлении от некоторых условий соглашения. Поэтому до тех пор, пока отступление от положений соглашения сторон не приводит к отказу от применения регламента или правил, в которых содержится правило о возможном отступлении, такое отступление фундаментально не противоречит соглашению сторон.

Описанными выше четырьмя блоками — принципами транснационального публичного порядка, признанными принципами права, соглашением сторон и *lex arbitri* в узком смысле, включающем обязательные нормы — не исчерпывается система правил, которым подчиняется доказывание в международном коммерческом арбитраже. В регулировании широкого круга вопросов, возникающих при рассмотрении конкретного дела, а именно, при определении предмета доказывания, распределении бремени доказывания, решении вопросов допустимости, относимости, существенности, достаточности доказательств и их оценки, ситуация осложняется влиянием на эти вопросы других норм.

Обстоятельства, которые входят в состав предмета доказывания, в конечном счете определяются нормой материального права, которая подлежит применению<sup>181</sup>. Этот подход может рассматриваться как признанный в национальных судебных процессах. Он с определенными особенностями обоснованно применяется и в международном коммерческом арбитраже. Кроме того, нормы, содержащиеся в актах материального права, могут устанавливать презумпции, фикции, а также ограничения, которые определяют допустимость доказательств. Материальным правом могут устанавливаться ограничение на доказывание отдельных обстоятельств с помощью определенных средств (*exclusive mode of proof*), правовые презумпции (*conclusive presumptions*).

---

<sup>179</sup> См. Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116).

<sup>180</sup> См. например статью 1 (с) Протокола CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже (CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration).

<sup>181</sup> Таранова Т. Доказательственное право как элемент системы права / Т. С. Таранова // Університетські наукові записки. — 2007. — №2 (22). — С. 180.

Кроме того, как отмечает Л. Ф. Вис, материальное право, подлежащее применению, может устанавливаться другой, нежели обычно используемый в международном коммерческом арбитраже, стандарт доказывания<sup>182</sup>.

Термин «материальное право» употреблено здесь достаточно условно, поскольку поскольку соответствующие нормы, касающиеся доказательств и доказывания включены в акты, которые рассматриваются как материально-правовые. Это, однако, не должно быть причиной отнесения таких норм к материальному праву. Эти нормы имеют характер процессуальных, а в материальных отношениях не применяются<sup>183</sup>. Л. Мистелис вообще считает возможным выделить из всего правового массива, который применяется в международном коммерческом арбитраже материальное право, которое определяет права и обязанности сторон в их отношениях, которые стали предметом спора (*lex causae*), а все остальное, что касается арбитража отнести к процессуальному праву (*lex arbitri*), которое, по его мнению, может касаться как процессуальных, так и материально-правовых аспектов<sup>184</sup>. Таким образом, все нормы, которые не касаются регулирования материально-правовых (договорных) отношений сторон, ставших предметом рассмотрения в арбитраже, независимо от того, к каким актам (материального или процессуального права) и правовым системам они относятся, в частности, все нормы о доказательствах и доказывании, объединяются в *lex arbitri*.

Все же правила, касающиеся доказательств и доказывания, и которые включены в акты материального права, подлежащего применению, следует отделять от *lex arbitri*. Нормы *lex arbitri* являются нормами, знание и выполнение или соблюдение которых арбитражным судом презюмируется<sup>185</sup> и иногда может обеспечиваться под угрозой отмены арбитражного решения. В то же время нормы материального права при рассмотрении дела подлежат применению, а установление содержания этих норм и выяснения их влияния на доказательства и доказывание осуществляется сторонами и арбитражным судом. При этом, как правило, именно на стороны возложена обязанность по установлению содержания нормы материального права и выяснению его влияния на отдельные доказательства и процесс доказывания, а неправильное применение норм материального права по общему правилу не создает оснований для отмены арбитражного решения.

Нормы, которыми будет определяться допустимость отдельных доказательств, могут содержаться в личном законе стороны арбитражного разби-

---

<sup>182</sup> Wyss L. F. Trends in documentary evidence and consequences for pre-arbitration document management / Lukas F. Wyss // International Arbitration Law Review. — 2010. — Issue 3. — p. 118.

<sup>183</sup> Баулин О. В. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве: учебное пособие / О.В. Баулин, Д.Г. Фильченко; под общ. Ред. О.В. Баулина. — Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2006. — с. 12–13.

<sup>184</sup> Mistelis L. Reality Test: Current State Of Affairs In Theory And Practice Relating To «Lex Arbitri» / Loukas Mistelis // The American Review Of International Arbitration. — 2006. — Vol. 17. — p. 156.

<sup>185</sup> Jacquet J.-M. Dispute Settlement International Commercial Arbitration: 5.5 Law Governing the Merits of the Dispute / Jean-Michel Jacquet // United Nations Conference on Trade and Development. — United Nations, New York and Geneva, 2005. — p. 3.

рательства. Им также могут определяться отдельные презумпции, например, относительно полномочий лиц, действовавших от имени юридического лица. Арбитраж, руководствуясь в вопросе привилегий правом, которое имеет наиболее тесную связь с соответствующим доказательством, может посчитать таковым право страны стороны, к которой было обращено требование предоставить доказательство, или право страны, в которой доказательство было получено<sup>186</sup>. А если ставится вопрос о защите привилегией общения клиента с адвокатом, то применяться может также и право страны, в которой адвокат допущен к практике, или в которой имело место общение.

Таким образом, кроме *lex arbitri* и *lex causae* на доказывание в международном коммерческом арбитраже может оказывать влияние право, имеющее наиболее тесную связь с доказательством.

Спорным остается вопрос о включении в состав процессуального права в широком смысле права страны исполнения арбитражного решения, или даже учета его обязательных норм при решении вопросов доказывания. А. Кубас и другие исследователи считают, что арбитражный суд *не должен игнорировать* нормы, составляющие часть публичного порядка страны, в которой предполагается признание или принудительное исполнение арбитражного решения. При этом он исходит из чисто прагматического подхода — арбитражный суд должен учитывать желание сторон получить решение, которое может быть принудительно исполнено<sup>187</sup>. Э. Бараклу также подходит к решению этого вопроса прагматически и считает, что арбитры *могут учитывать* обязательные нормы страны исполнения, если им известно о месте будущего принудительного исполнения<sup>188</sup>. Похожей позиции придерживается В. Камерер, которая считает, что независимо от того, какие процессуальные нормы применяются к арбитражному разбирательству, арбитражный суд *не может игнорировать* обязательные правовые предписания юрисдикций, в которых может решаться вопрос о предоставлении разрешения на принудительное исполнение. Такие обязательные предписания отражают публичный порядок соответствующей юрисдикции и включают, как правило, положение о соблюдении арбитражной процедуры, право сторон на справедливое рассмотрение и равное отношение<sup>189</sup>.

Некоторые арбитражные регламенты, в частности регламент ICC 2012 года (статья 41), даже содержат положения, обязывающие арбитров приложить

---

<sup>186</sup> *Camerer V. Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol.2. — №3. — p. 44.*

<sup>187</sup> *Kubas A. Supreme Court Civil Chamber Resolution, Case №1 CSK 286/11 of 15 March 2012 / Andrzej Kubas, Kamil Zawicki, Magdalena Selwa // Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration. — 2013 — Vol. III. — p. 21.*

<sup>188</sup> *Barraclough A. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration / Andrew Barraclough and Jeff Waincymer // Melbourne Journal of International Law. — 2005. — Vol 6. — №2.*

<sup>189</sup> *Camerer V. Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol.2. — №3. — p. 42.*

все усилия для того, чтобы решение могло быть обращено к исполнению<sup>190</sup>. Такие положения иногда трактуются исследователями как обязывающие арбитражный суд обладать не только знанием о праве места арбитража, но также и об обязательных нормах права страны принудительного исполнения<sup>191</sup>.

Вместе с тем, возложение на арбитражный суд обязанности знать и учитывать, в том числе в процессе доказывания, обязательные нормы права стран возможного исполнения лишено оснований даже в таких арбитражных системах, как ИСС. Кроме того, оно невозможно как общее правило, поскольку страны принудительного исполнения могут быть заранее не известны. Можно согласиться с взвешенной позицией В. Камерер и А. Кубаса, обратив при этом внимание на использование ими осторожной конструкции «арбитры не должны игнорировать», которая не возлагает на арбитражный суд обязанность играть активную роль в установлении содержания норм права таких стран возможного принудительного исполнения. Обязанность арбитражного суда принять арбитражное решение, которое может быть обращено к принудительному исполнению, является выполненной в той степени, в которой были соблюдены принципы транснационального публичного порядка. В случае же, если стороны обращают внимание арбитражного суда на обязательные нормы страны возможного исполнения, то, действительно, арбитражный суд не должен это игнорировать<sup>192</sup>.

Таким образом, арбитражный суд должен *ex officio* знать и соблюдать принципы, которые составляют транснациональный публичный порядок в международном коммерческом арбитраже, и не может безосновательно не учитывать обязательные нормы стран возможного исполнения решения, если содержание таких норм доведено до внимания арбитражного суда. Это, однако, не создает обязанности арбитражного суда самостоятельно устанавливать содержание таких норм.

---

<sup>190</sup> International Chamber of Commerce Arbitration Rules, in force as from January 1, 2012. Другие регламенты устанавливают такое требование только касательно законности и исполнимости в стране места арбитража (см. статью 32.2 Арбитражного регламента LCIA (2014)).

<sup>191</sup> Baniassadi M. R. Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration / Mohammad Reza Baniassadi // Berkeley Journal of International Law. — 1992. — Vol. 10, Issue. 1, Art. 2. — pp. 69–70.

<sup>192</sup> Например, поскольку в арбитражном разбирательстве между Italia Ukraina Gas S.p.a. и НАК «Нафтогаз Украины» по регламенту SCC ответчиком было сделано заявление о том, что решение об обязанности его выполнить контракт будет противоречить публичному порядку Украины (в которой такое решение приводилось бы в исполнение), арбитражный суд рассмотрел этот вопрос и даже получил заключения экспертов сторон, которые высказали противоположные мнения (см. SCC Arbitration proceedings №V 007/2008, Separate Award rendered on 19 October 2010 (*Italia Ukraina Gas S.p.a. v. National Joint-Stock Company "Naftogaz of Ukraine"*)).

# ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ “EX AEQO ET BONO” ТА “AMIABLE COMPOSITEUR” В МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ ТА ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОМУ ВИКОНАВЧОМУ ПРОЦЕСІ

Мальський Маркіян (Україна)

к.ю.н., адвокат, партнер юридичної компанії «Арцінгер»

## 1. Природа “EX AEQO ET BONO” та “AMIABLE COMPOSITEUR”

Арбітраж, як поширений спосіб вирішення спорів на транснаціональному рівні, походить з природно-сформованого способу вирішення спорів, шляхом звернення до незалежної та компетентної третьої особи задля пошуку справедливого вирішення взаємних претензій що існують між договірними сторонами. Незважаючи на те, що при розгляді справи арбітражем спір вирішується керуючись принципом верховенства права та положень відповідних нормативно-правових актів, все ж міжнародний комерційний арбітраж надає сторонам право вибору арбітрів, що відіграє значну роль при вирішенні спору. Як вірно зазначив професор Лаліве «вибір осіб, що формують арбітражний суд є життєво важливим та часто вирішальним кроком в арбітражній процедурі. Так правильно було сказано, що арбітраж настільки хороший, наскільки хорошими є арбітри.» [1] Більш ніж 50 річна успішна статистика виконання міжнародних арбітражних рішень сприяла створенню транснаціонального виконавчого процесу, як прикладу можливої та високо ефективної співпраці в галузі міжнародних відносин.

Але що, якщо сторони спору мають намір не тільки досягти певних цілей і забезпечити свої власні фінансові інтереси в ході розгляду, а й залишатися чесними і правдивими партнерами, що націлені на подальшу співпрацю, навіть після врегулювання певного питання, що виникло між ними? Інакше кажучи, коли сторони бажають, щоб спір розглядав «мировий посередник» (*amiable compositeur*) на основі принципу справедливості (*equity*), а саме виходячи із заasad та принципів того, що є «справедливим і розумним», а не на підставі строгих правових норм і правил. В міжнародному праві пропонуються різні терміни, для визначення такого правового феномену, як справедливість, наприклад: “en equite” (French), “nach Billigkeit” or “nach billigen Ermessen” (German), але найбільш доцільним і зрозумілим на нашу думку в контекст арбітражу є застосування терміну “ex aequo et bono”, etc. Арбітраж надає сторонам таку можливість використати арбітражний трибунал в якості “amiable compositeur” та вирішувати спір керуючись принципом “ex aequo et bono”, при цьому виключно за погодження та вимоги сторін справи, що в чергове перевершує можливості національних судових систем [2]. Так, майже усі сучасні правила арбітражу дозволяють суду вирішувати спір «*по справедливості*» (*ex aequo et bono*) чи «*мировими посередниками*» (*amiable compositeur*), якщо належним чином погоджене арбітражне застереження чи угода передбачають таку форму альтернативного



вирішення спорів [3]. Хоча, сторони спору повинні пам'ятати, що прийняття рішень відповідно до принципу рівності не є обов'язково для всіх зручним та сприятливим — це дуже складна процедура, що вимагає повної відданості та досконалої компетенції арбітра, поєднаним із значним попереднім досвідом щодо вирішення аналогічних ситуацій — таким чином, це також може викликати негативний ефект.

Більше того, вирішення спору на основі принципу «справедливості» насправді не означає, що вирішення буде досягнуто «поза правовими нормами» чи «всупереч певним обов'язковим положенням». Суть даного правила полягає в тому, що арбітр має право використовувати принципи «справедливості» та «добросовісності» та брати до уваги конкретні обов'язкові або факультативні норми права до тих пір, поки такі принципи зберігаються в правових рамках конкретної держави (де арбітражне рішення повинно бути приведене у виконання).

Арбітраж у відповідності з принципами неупередженості та справедливості (в їх попередніх та первинних формах) ймовірно розвивалися разом з містами-державами (полісами) Стародавньої Греції більше двох тисяч років тому. Розвиток торговельних відносин між різними народами та громадами вимагали швидкого і справедливого врегулювання різних питань, що неминуче виникали в процесі міжнародного обміну та продажу товарів і послуг. Найчастіше, сторони спору були обмежені строгими і чіткими часовими рамками і не могли дозволити собі довгостроковий і дорогий спосіб пошуку справедливості, а саме звичайний судовий процес. Крім того, не всі види правових норм і положень користувалися довірою в той час, особливо, коли їх застосовували для вирішення конкретного спору, можливо, викликало небажані наслідки як для позивача, так і для відповідача. Така ситуація вимагала швидкого вирішення на основі взаємоприйнятних принципів та стандартів. Таким чином, природно виник інститут комерційного судді для того, щоб сприяти договірним сторонам в розумному винесенні швидкого та обґрунтованого рішення щодо спору між ними [4]. Ми можемо припускати, що судді комерційного суду були представлені як приклад сучасного арбітра, а саме *“amiable compositeur”*.

Концепція торгового судді не тільки пережила падіння Римської імперії та Середньовіччя, але почала бурхливо розвиватися протягом періоду Середніх віків, особливо після становлення Ганзейського союзу, торгової конфедерації міст-держав, які торгували від Західної Європи до Росії [5]. Головне, що ці торгові судді розглядали справи, ініційовані мандрівними постачальниками на місцевих площах, ринках, в передмістях і портах — за межами юрисдикції судів [4]. Їх пріоритетом було врегулювати спір швидко і відповідно до принципів справедливості в поєднанні з торговими кодексами і практикою, звісно із врахуванням відносин, що існували між сторонами та обставин спору. Іншими словами, вони ніколи не виносили рішення виключно на підставі того, що, здавалося справедливим чи прийнятним лише для них, але обґрунтовували рішення існуючою торговою практикою, ринковим значенням і торгівельною

доцільністю, намагаючись не суперечити ефективним правовим нормам і положенням відповідного королівства, міста або території.

Майже без змін, цей тип врегулювання спорів зберігся до ХХ століття і створення Організації Об'єднаних Націй в 1945 році. З тих пір послідовний процес світової глобалізації став очевидним і кількість укладених торгових контактів між фізичними та юридичними особами в усьому світі надзвичайно зростає, а вирішення спорів — ускладнилося. Цей факт вимагав відповідних правових реформ компетентного органу, який представляє волю міжнародного співтовариства. Комісія Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) взяла на себе це важливе завдання і успішно виправдала очікування контрагентів, розробивши наступні правові інструменти:

- Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу (1985);
- Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ (1976).

Перший документ призначений полегшувати суверенним державам і їхнім урядам процес прийняття внутрішніх правових актів щодо арбітражного процесу, а другий — спрямований забезпечити сторін спору відповідними правовими процесуальними рамками, у разі виникнення будь-якого спору [6]. На щастя, міжнародні законодавці ніколи не нехтували концепціями «дружнього посередника» та вирішення «по справедливості». Це призвело до формування наступної рекомендованої норми:

#### *Стаття 33*

*1. Арбітражний суд застосовує той закон, який визначений сторонами та який можна застосувати щодо змісту відповідного спору. При відсутності такої вказівки сторін, арбітражний суд застосовує право, що визначається колізією правових норм, які суд застосовує.*

*2. Арбітражний суд виносить рішення як «дружній посередник» або «по справедливості» тільки в тому випадку, коли сторони прямо уповноважили суд зробити це і, якщо право, що застосовується в арбітражному процесі допускає такий арбітраж.*

*3. В усіх випадках арбітражний суд приймає рішення відповідно до умов договору та з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди [7].*

Це виняткове положення та Типовий закон сам по собі покращили і закріпили існуючу процедуру врегулювання спорів відповідно до принципу «справедливості» (“equity”) і «добросовісності» (“good faith”), що робить його ще одним методом досягнення правого та обґрунтованого судового рішення.

## **2. Правові відмінності між двома підходами до вирішення спорів**

Насамперед, слід розуміти, що відмінність між «мировим посередником» і принципом «по справедливості» не завжди простежується в різних юрисдикціях. Це можна пояснити різними підходами цивільного процесу, що виникли в національних правових системах в процесі історичного розвитку і завдяки унікальним звичаям і традиціям, що виникли у конкретному регіоні або країні.

Відмінність між “ex aequo et bono” та “amiable compositeur” вперше була виокремлена в італійській правовій системі тільки в другій половині ХХ століття [8]. Згідно з концепцією, сформульованою італійськими вченими і законодавцями, існують два види арбітражу, якими можуть скористатися сторони в процесі врегулювання спорів, а саме: процедурний арбітраж (*procedural arbitration*) і договірний арбітраж (*contractual arbitration*) [9]. Перший метод застосовується, якщо сторони мають намір вирішити спір за участю арбітра, який наділений повноваженнями судді, тобто який використовує обов’язкові положення закону, щоб вирішити справу, а другий застосовується тоді, коли сторони прагнуть скоріше врегулювати конфлікт, а не імперативно вирішити його, і з цієї точки зору вони надають відповідні повноваження арбітру, який з цього моменту наділений повноваженнями «мирового посередника» (“amiable compositeur”). Це означає, що він як і раніше зобов’язаний провести оцінку на підставі окремих правових положень, хоча, коли цього вимагають обставини або сторони, мировий посередник може змінити результати застосування певного правового правила, збільшуючи чи зменшуючи певні матеріальні та нематеріальні наслідки для сторін. Таке право, закріплене навіть як обов’язок арбітра, затверджується в арбітражному судовому рішенні Міжнародної Торгової Палати в 1989 році таким чином:

*«Арбітражний суд приходить до висновку, що ... на підставі його повноважень, щоб пом’якшити суворий закон також може пом’якшувати, тобто не застосовувати прямо в значенні цього слова, положення, застосування яких призведе до конфлікту рівності/рівності перед законом.»* [10].

Тим часом, процедура пошуку рішення за принципами «fair and just» (справедливо), або “ex aequo et bono” (по справедливості), в деякій мірі нагадує квазісудову діяльність [11]. Арбітр, що уповноважений вирішити спір «по справедливості», може обійтися без факультативних норм права, застосовуючи своє власне уявлення про те, що він вважає «правильним» із «справедливим». Іншими словами, арбітр може використовувати навіть моральні принципи і загальний зміст «справедливості» (equity) [12]. Звичайно, можна обґрунтовано заперечити, що моральні принципи ніколи не були і, напевно, не будуть відповідною правовою категорією, в силу їх суб’єктивного і неоднозначного характеру. Однак, сторони спору, які уповноважують арбітра вирішити конфлікт по справедливості, висловлюють величезні довіру і впевненість в його професійні навички і попередні досягнення у сфері арбітражу, вважаючи, що його величезний досвід та розуміння природи права повинні дозволити йому знайти правильне і справедливе рішення.

Підсумовуючи вищевказане, можна припустити, що більшість національних юрисдикцій допускають використовувати обидва або хоча б один із зазначених способів [13], а саме або розгляд прави за участю «мирового посередника», або за принципом «по справедливості». Це залежить від правового та доктринального підходів до цього способу врегулювання спорів.

### **3. Сфера спорів, що можуть бути вирішені за допомогою процедури «мирового посередника» та принципу «по справедливості»**

Як ми уже зазначали, арбітражна угода чи арбітражне застереження можуть включати спеціальний дозвіл певного арбітра чи суду загалом щодо вирішення справи за допомогою способу «мирового посередника» чи «по справедливості», тільки якщо сторони погодили це.

Хоча, також потрібно розуміти, що право «мирового посередника» вирішувати спір між сторонами не є необмеженим, і завжди повинне ґрунтуватися на деяких основних нормах, що регулюють права. Це означає, що результати застосування таких законодавчих положень може бути дещо зміненими, з належним урахуванням обставин справи і відносини, що існують між позивачем та відповідачем. Але, коли під час врегулювання спору за принципом «справедливості», спеціально уповноважена сторонами особа, арбітр може обійтися без основних правових норм в цілому і врегулювати спір виключно на основі своїх переконань «блага і справедливості».

Але в якій мірі трибунал може діяти як «мировий посередник» або за принципом «справедливості»? Іншими словами, такий дозвіл можна застосовувати для вирішення спору в цілому чи тільки його конкретних питань?

З метою полегшення виконання ефективного методу врегулювання конфліктів сторонами спору було винайдено концепцію *dépeçage*. Це конфлікт норм законів, що дозволяють договірним посередникам зіставляти закони різних держав з різних питаннями в межах спору. Це правило походить від міжнародного приватного права і також може застосовуватися щодо арбітражних угод, хоча ми повинні зазначити, що застосування принципу “*ex aequo et bono*” саме в зазначеній частині договору може розглядатися тільки як теоретичне поняття через його відокремлене і дуже конкретне використання.

Крім того, важливо зрозуміти, що ні Типовий закон ЮНСІТРАЛ, а не Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ прямо вказують на можливість використання концепції *dépeçage*, хоча жоден з них і не забороняє. Що не заборонено законом, дозволено — це правова презумпція може також застосовуватися разом із концепцією *dépeçage* та чи повинні сторони шукати можливість врегулювати певну частину спору за допомогою договору за процедурою дії принципу “*ex aequo et bono*” або за допомогою основного законодавства, тому вони завжди можуть включити таке положення в умови свого договору.

Проте, практика показує, що різні частини одного і того ж договору сильно взаємопов’язані і взаємозалежні, і тільки їх одночасне застосування може забезпечити досягнення бажаного результату для договірних сторін. Таким чином, вирішення певної частини спору за принципом використання концепції «*ex aequo et bono*» може виявитися корисним в арбітражному процесі, хоча можуть виникнути серйозні проблеми під час процедури визнання та примусового виконання. Це пояснюється тим, що арбітражне рішення, винесене відповідно за принципом «справедливості» або «мировим посередником» не завжди виконуються в різних державах через причини, що викладені нижче,

тому врегулювання спору за принципом «справедливості» є дуже ризикованим процесом, що може призвести до скасування арбітражного рішення в цілому в національних судах та органах примусового виконання.

І, нарешті, важливо пам'ятати, що врегулювання спору на основі справедливості не є просто можливістю, якою арбітр може скористатися у зв'язку із наміром сторін спору, а й певне зобов'язання, що належить до повноважень арбітра як незалежного посередника, усвідомлюючи роль якого, примирити сторони на прийнятних умовах. Цей факт підтверджується у справі *Halbout ma societe Matenec HG проти Eroux Nanin*, яка розглядалася Касаційним судом Франції 15 лютого 2001 року [14]. Суд прийшов до висновку, що рішення арбітражного суду, винесене раніше, що ґрунтувалося виключно на правових аргументах, без роз'яснення чи були наведені нормативні акти відповідно до принципів справедливості, в той час як існувала вимога щодо мирового посередника та врахування таких принципів згідно арбітражної угоди.

#### **4. Переваги та недоліки прийняття рішення щодо спору «по справедливості» (ex aequo et bono) чи згідно принципу справедливості (“equity”)**

Пропонуємо встановити причини того, чому сторони вдаються до цієї форми альтернативного вирішення спору та утримуються від звичайного методу процесуального арбітражу. Аргументи за і проти прийняття рішення справи відповідно до принципу «справедливості» можна знайти в публікаціях різних авторів, які виражають свої погляди щодо того, що являється містичним і неординарним в даній концепції [15].

Спершу, зосередимо увагу на перевагах підходу «мирового посередника» і принципу «по справедливості». По-перше, бізнес-партнери різних держав, як правило, мають розуміння тільки власного судочинства і дуже обережні у ставленні до правової системи іншої сторони. Таким чином, обидві сторони, щоб убезпечити себе від складних і непередбачуваних результатів, що нерозривно пов'язані із застосуванням іноземного законодавства, прагнуть, щоб їх спір був вирішений неупередженим та професійним арбітром. І з метою прискорення здійснення правосуддя, договірні сторони, як правило, надають йому надзвичайну владу, а саме можливість прийняти рішення відповідно до принципу «по справедливості».

По-друге, як ми вже згадували, сторони обирають цей тип альтернативного вирішення спору, якщо партнерство між ними засноване на довірі і повній впевненості у зв'язку з довгостроковими договорами, які уклалися раніше і, ймовірно, дія яких відновлювалася після досягнення належного вирішення існуючих розбіжностей. Саме тому вони намагаються уникати будь-якого суворого винесення арбітражного рішення за процедурою принципу «справедливості».

По-третє, сторона, що програла може зазнати серйозних фінансових збитків у звичайному комерційному арбітражу, який не звертає уваги на особливості спору і відносин, що існують між контрагентами. Задоволена сторона не завжди прагне лише отримати вигоду за будь-яких можливостей, тобто на під-

ставі винесеного арбітражного рішення арбітром, але й відстояти свої позиції та продовжити партнерство з відповідачем. Це не гарантується звичайним арбітражем, але з більшою вірогідністю може бути досягненим при вирішенні спору *мировим посередником*.

І, нарешті, вирішити спір за процедурою принципу «справедливості» просто дешевше через те, що мировий посередник може обійтися без більшості формальних процедур і винести арбітражне рішення набагато раніше, ніж його колега [16].

Ці чотири фактори в поєднанні можуть здатися не настільки провідними в світі арбітражу, але їх використання в міжнародних комерційних відносинах дуже часто потребують сторони в разі виникнення спору.

Водночас, багато вчених і практиків критикують цей тип арбітражу у зв'язку з тим, що поняття арбітра та те, що слід вважати «справедливим і рівним» дуже суб'єктивні, тому багато чого не можна передбачити [17].

Таким чином, сторони мають два варіанти: або вони можуть забезпечити суворі заходи та чіткі межі, в яких арбітр може діяти як *мировий посередник* і утримуватися від такої поведінки в питаннях, які будуть регулюватися певним матеріальним правом, або ж вони можуть просто покладатися на його професійні навички і довіритися його підходу та правому досвіду. Останній варіант часто називають негативними аспектами принципу «*по справедливості*» в зв'язку з непередбачуваним рішенням щодо спору, винесеного відповідно до принципу справедливості, а тим більше його подальшим транснаціональним виконанням.

Зрештою, під час підписання договору сторони насправді мають намір позбутися від будь-якого типу невизначеності в партнерстві, щоб чітко визначити свої взаємні права та обов'язки, які насправді можуть усунути основні проблеми і розбіжності в майбутньому. Відповідно, підхід «*мирового посередника*» та принцип «*по справедливості*», швидше за все, позбавляють їх певної правової безпеки, тому що ніхто ніколи не може бути впевнений в результаті потенційного спору.

В той же час, під час підписання договору сторони володіють максимальною свободою, що дозволяє їм повною мірою визначити дефініцію та мету арбітражного рішення, яке виноситься відповідно до принципу справедливості. Тому можна логічно припустити, що це була їхня воля, як компетентних і вірних контрагентів, надати врегулювати будь-які можливі спори арбітру, який діє як *мировий посередник* або за принципом «*справедливості*». Таким чином, на наш погляд, це не повинно розглядатися як недолік, а як ще одна більш доступна правова опція, що обирається сторонами в ході переговорів і підготовки проекту договору після достатнього обговорення.

Ще одна характерна особливість цього виду арбітражу була досліджена професором Хаєтом (professor Highet) [18]. Пан Хаєт зазначає, що арбітражний процес у відповідності з принципом справедливості має велику схожість з процедурою посередництва, яка також пропонує сторонам спору достатню



гнучкість і свободу в застосуванні різних правових норм. Таким чином, немає ніякої необхідності у виокремленні виду арбітражу і альтернативного вирішення спору, оскільки існує процедура медіації.

Незважаючи на вищенаведені недоліки та вади підходу «мирового посередника» та принципу «по справедливості», доцільно зазначити, що для подальшого розвитку цього виду арбітражу, оскільки практика доводить протилежне — в більшості випадків сторони надають можливість компетентному арбітру діяти в якості *мирового посередника* та відповідно до принципу справедливості частіше, ніж вони не задоволені остаточним рішенням.

### **5. Транснаціональне виконання арбітражного рішення, винесеного мировим посередником або за принципом «по справедливості»**

До підписання договору сторони повинні з'ясувати вимоги транснаціонального виконавчого процесу у відповідній юрисдикції виконання, зокрема, чи передбачається виконання арбітражного рішення, винесеного відповідно до принципу «*по справедливості*» законодавством такої держави. Практика доводить, що це питання першочергове, оскільки деякі держави можуть вважати, що визнання і виконання таких арбітражних рішень суперечить їх публічному порядку.

Аналогічна ситуація склалася в правовій системі Сполученого Королівства Великобританія до прийняття нового закону про арбітраж в 1996 році. До цього часу англійські суди, як правило, відмовився виконувати прийняті рішення відповідно до принципу «справедливості», оскільки, це не вважалося правовим поняттям. Справа *Eagle Star Insurance Co. проти Yuval Insurance Co* [19] виявилася в деякій мірі поворотним моментом у ставленні британських судів щодо арбітражних рішень, винесених на основі принципу «*справедливості*». Що стосується цієї справи і її подальшого розгляду відомий англійський суддя і видатний учений Lord Denning M.R. пізніше зазначив, що «Арбітри, якщо вони на це уповноважені, повинні застосовувати закони Англії» одночасно визнаючи, що «сторони можуть шляхом прямого положення, санкціонувати арбітрам відходити від надто строгих положень закону». Точка зору Lord Denning M.R. щодо цієї справи отримала подальший розвиток в англійській доктрині, викликаючи множинні і гарячі дискусії щодо майбутнього арбітражної процедури вирішення спору «*по справедливості*». Розв'язання цього важливого питання допомогло розвінчати застереження щодо виконання арбітражних рішень, винесених на основі принципу «*справедливості*», в британській правовій системі. Закон про арбітраж 1996 виступив в якості доказу прийняття давно необхідних змін, надаючи сторонам можливість врегулювати свої суперечки за допомогою «*мирового посередника*» і/або за правилом «*справедливості*» ніколи не турбуючись, що такі арбітражні рішення не будуть підлягати виконанню за звичаєвим право. Відтоді англійське судочинство обережно, але послідовно просувається в напрямку прийняття положень, що базуються на основі принципу «справедливості» і подальшої процедури виконання арбітражних рішень.

Зовсім інша ситуація склалася у французькій правовій системі, яка завжди була набагато більш ліберальною до будь-якої ініціативи сторін врегулювати свій спір шляхом посередництва або за допомогою *мирового посередника*.

Чесно кажучи, саме поняття «мировий посередник» належить французькій правовій системі, оскільки воно було вперше закріплене в кодексах часів правління Наполеона більше двох сотень років тому. Тому не дивно, що перше рішення в рамках даного типу міжнародного комерційного арбітражу було винесене в 1956 р. [20]. Пізніше, в 1981 році Постанова уряду Франції модернізувала судову практику у виборі сторонами права та виконання арбітражного рішення на основі справедливості, таким чином створюючи клімат для ведення бізнесу у Франції та його юридичну підтримку, що сприяло більшій співпраці з іноземними інвесторами та міжнародними партнерами. Постанова передбачає, що «арбітр вирішує спір згідно з нормами права, обраного сторонами; у випадку відсутності вибору сторони, він приймає рішення відповідно до правил, які він вважатиме за потрібні» [21]. Саме тому французькі суди продемонстрували незмінну підтримку арбітражу, не вирізняючи у процедурі виконання рішення прийняті в рамках арбітражної процедури за принципом «*справедливості*» і звичайними арбітражними рішеннями в ході належного виконання.

Законодавство Сполучених Штатів Америки фактично не передбачає процедури вирішення спорів «*по справедливості*» та «*мировим посередником*», хоча і не забороняє їх застосування. Це можна пояснити тим, що американський законодавець не робить різниці між звичайною арбітражною процедурою та прийняттям рішення «*по справедливості*», так як справедливість вже передбачається невід'ємною частиною арбітражу. Крім того, це заходить так далеко тому, що арбітр повинен і навіть зобов'язаний знайти правильне і справедливе рішення спору, навіть якщо сторони прямо не уповноважили його зробити це. Що стосується визнання і приведення у виконання, американська правова система (включаючи прецедентне право) забороняє державним судам переглядати винесене арбітражне рішення або будь-яким іншим чином перешкоджає їх набранню чинності, поки вони суперечитимуть громадському порядку. Навіть одного рішення достатньо для того, щоб зробити висновок про ставлення суддів в США щодо арбітражного процесу «*по справедливості*», це — рішення у справі *International Standard*, в якому встановлюється, що навіть якщо арбітр діє як *мировий посередник* без повноважень, Нью-Йоркська конвенція [22] не допускає відмови суду у виконанні арбітражного рішення.

**Висновок.** Вже на цьому етапі можна зробити висновок, що протягом багатьох років міжнародний комерційний арбітраж, що діяв в тому числі і за принципами “*ex aequo et bono*” та/або “*amiable compositer*” виявився абсолютно законним та ефективним способом вирішення спорів між сторонами. Більше того, тепер ця процедура альтернативного вирішення спорів законодавчо передбачена Типовим Законом ЮНСІТРАЛ (1985 р.) і Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ (1976 р.) разом з національними арбітражними актами різних країн.

Беручи до уваги згадані вище приклади політики держав щодо визнання і приведення у виконання арбітражного рішення, що винесене на основі принципу “*ex aequo et bono*”, ми можемо констатувати, що загалом світова тенденція розмежування цього виду арбітражу і звичайного арбітражного рішення стає все більше очевидною. Процес майбутньої універсальної глобалізації неминучий, і всі держави повинні коригувати свої правові системи відповідно до методів “*amiable compositeur*” та принципу вирішення спору “*ex aequo et bono*”, якщо вони хочуть залучити інвесторів і зайняти гідне місце серед найбільш розвинутих і успішних держав. Арбітражні рішення, які виносяться за принципом справедливості стають для бізнес-партнерів з різних куточків світу, основним результативним швидким та недорогим способом врегулювання спорів. В той же час, такий арбітражний метод може бути використаний тільки, якщо сторони безпосередньо надали згоду щодо нього через укладення арбітражного застереження або договору, або надали таку згоду в ході розгляду. Разом з цим, перш ніж вдаватися до цього засобу вирішення спору сторони повинні бути найбільш обізнані щодо процедури визнання та приведення у виконання арбітражного рішення в державі, в якій воно повинно бути виконане, тобто положення транснаціонального виконавчого процесу повинні бути предметом попереднього та ретельного дослідження з метою вибору найбільш актуальної моделі вирішення спорів. Ми вважаємо за доцільне доповнити відповідні положення національно законодавства про визнання та виконання рішень, а також положення транснаціонального виконавчого процесу нормами, що допускають застосування вказаних принципів при вирішенні спору та їх відповідність публічному порядку, а отже і можливість подальшого визнання та виконання арбітражних рішень.

### **Використані матеріали**

1. Lalive, “Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos”, in Dupuy (ed.) *Droit et Justice: Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos* (CEPANI, 1989), p. 289; see also, e.g., Derains and Levy (eds) *Is Arbitration Only as Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator* (ICC Institute of World Business Law, 2011); Park, “Arbitrators and accuracy” (2010) 1 J Intl Disp Settlement 25.
2. Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, 2012, Art. 21(3): “The arbitral tribunal shall assume the powers of an *amiable compositeur* or decide *ex aequo et bono* only if the parties have agreed to give it such powers.”
3. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, Art. 28(3), 33(2).
4. Trakman L. *Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept*. — Chicago Journal of International Law. — Vol 8: №2, Article 11, Chapter 3. — 2008.
5. Davies №. *Europe*. — Oxford University Press. — 1996. — p. 431
6. UNCITRAL. FAQ — UNCITRAL and Private Disputes / Litigation, electronic resource, available online at [[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration\\_faq.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration_faq.html)]
7. United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (“UNCITRAL Arbitration Rules”), Art. 33, General Assembly Resolution №31/98, UN Doc A/

- RES/31/98 (1976), electronic resource, available online at [<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>] (visited Nov 29, 2015).
8. *Godi v. Godi e Magazzini Generali di Prato*, [1968] Court of Cassation (Italy), April 20 №1223 (1968) Mass. Giust Civ. 1968, I, 613.
  9. Trakman L. *Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept*. — Chicago Journal of International Law. — Vol 8: №2, Article 11. — 2008.
  10. ICC award №4972. — Clunet. — 1989. — p.1000.
  11. Rubino-Sammartano M. *Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex bono et aequo (Discretionary authority to mitigate strict law) Apparent Synonyms Revisited*. — 9 J. International Arbitration 1. — p. 5.
  12. Rozehnalová, №. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. — Praha: ASPI Publishing, s.r.o. — 2002.
  13. Highet, K. *The Enigma of the Lex Mercatoria*. — 63 Tul. L. Rev. — 1989
  14. *The Halbout & société Matenec HG v. Epoux Hanin*, [2001] Rev Arb 135, №1, pp. 135–146.
  15. *Equity in International Arbitration: How fair is “fair”? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition*. — Boston University International Law Journal. — 12, 1994. — p. 234–135.
  16. Herboczkova, J. *Amiable Composition in the International Commercial Arbitration* — Law Faculty of the Masaryk University. — 2007.
  17. Park, W. W. *Control Mechanisms in the Development of a Modern Lex Mercatoria*. Thomas E. Carbonneau ed. — Lex Mercatoria and Arbitration. — 1990.
  18. Highet, K. *The Enigma of the Lex Mercatoria*. — 63 Tul. L. Rev. — 1989. — p. 628.
  19. *Eagle Star Insurance Co. Ltd. v. Yuval Insurance Co. Ltd.*[1978] 1 Lloyd's Rep. 357.
  20. *Equity in International Arbitration: How fair is “fair”? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition*. — Boston University International Law Journal. — 12, 1994. — p. 238.
  21. Nouveau Cede de procedure civile, Art. 1496 (“L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celui qu'il estime appropriées”).
  22. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958) 330 U.N.T.S. 3.

## ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА АРБІТРАЖЕМ

*Галущенко Герман (Україна)*

*к.ю.н., доцент кафедри міжнародного приватного права*

*Інститут міжнародних відносин*

*Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

Проблема встановлення змісту іноземного права є однією з ключових при вирішенні справи арбітражними судами із застосуванням норм іноземного права. У цьому зв'язку виникає потреба з'ясувати як мають діяти арбітри встановлюючи зміст норм іноземного права і які можуть бути наслідки неправильного встановлення чи взагалі не встановлення відповідних норм.

Безумовно процедура розгляду спорів арбітражним судом, яка визначається регламентами чи самими сторонами, відрізняється від процедури цивільного процесу державних судів. І якщо законодавство більшості держав містить положення, які стосуються застосування іноземного права державними судами, у тому числі і питання визначення його змісту, то така регламентація щодо арбітражних судів не передбачена ані процесуальним законодавством, ні законами про міжнародний комерційний арбітраж, що ухвалені на підставі відповідного типового закону ЮНСІТРАЛ.

Таким чином виглядає, що арбітри є абсолютно вільними у питанні встановлення змісту іноземного права і не зв'язані тими положеннями, які законодавець передбачив для державних судів.

Але з іншого боку в законодавстві та доктрині більшості держав, незалежно від того чи належать вони до загальної системи права чи континентальної, закріплений підхід, що іноземне право має застосовуватись так само, як воно застосовується у державі, з якої воно походить. І беззаперечним є те, що передумовою правильного застосування іноземного права є встановлення його змісту.

Отже сам факт застосування арбітром іноземного права вимагає від нього встановити його зміст. Причому видається, що це не залежить від того чи знаходиться арбітраж у державі, яка розглядає іноземне право як факт чи у державі, яка розглядає іноземне право як правову категорію.

Традиційно країни загального права розглядали застосоване іноземне право не як право, а як певні фактичні обставини, які потрібні для вирішення справи. Відповідно доктрина та практика таких держав виходила з того, що сторони, які посилаються на іноземне право в суді мають його довести як і будь-яку фактичну обставину (as a fact). [1, 2]

На відміну від країн загального права, держави континентальної системи визнають іноземне право правовою категорією і наділяють саме суд обов'язком встановити його зміст.

Так обов'язок суду встановити зміст норм іноземного права ex officio закріплений в законах про міжнародне приватне право Швейцарії, Австрії. Новий Цивільний процесуальний кодекс Франції, зокрема стаття 112 передбачає, що

суддя повинен дати оцінку чи встановити належне тлумачення норм права, які застосовується до спірних фактів, не обмежуючись при цьому найменуваннями, що надали сторони. [3, 37]

В Україні, як і в більшості держав континентальної системи права іноземне право розглядається як правова категорія. Закон України про міжнародне приватне право, зокрема стаття 8, покладає на суд обов'язок встановити зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі.

Одночасно закон закріплює право осіб, які беруть участь у справі, подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтування своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм.

Оскільки мова йде лише про право сторін, а не їх обов'язок сприяти суду у встановленні змісту іноземного права то очевидно, що суд не може покласти цей тягар виключно на сторони. Але разом з цим в державах континентального права все частіше зустрічається думка про те, що суд може зобов'язати сторони надати відповідні докази змісту іноземного права. Так німецький вчений Х.Шак зазначав, що «хоча сторони і не несуть тягар доведення іноземного права, яке суд сам має встановити, якщо суд не може самостійно з'ясувати його зміст, то він наділений правом вимагати від сторін допомоги» [4, 308, 309].

В цілому треба відзначити, що внаслідок змін у законодавстві та практиці як в країнах загальної системи права, так і континентальної, різниця у підходах до питання застосування іноземного права має певні тенденції до зменшення. Відповідно це, у свою чергу, впливає на розподіл обов'язків встановлення змісту іноземного права між судом та сторонами. Все більше держав незалежно від системи права надають перевагу практиці поєднання обов'язку встановлення змісту іноземного права судом та його доведення сторонами. Розбіжності, що залишаються на сьогодні, стосуються в більше питання на кого покладаються ключова роль у встановленні змісту іноземного права — на суд чи на сторони.

У цьому зв'язку видається, що арбітраж маючи на меті встановити зміст застосованого іноземного права має виходити з доцільності поєднання роботи арбітрів та активного залучення сторін.

Для встановлення змісту іноземного права арбітраж має можливість використовувати інструменти, які передбачені для державних судів, зокрема:

- звернутись за сприянням до Міністерства юстиції України чи іншого компетентного органу;
- звернутись до відповідних органів чи установ іноземних держав;
- залучити у якості експертів відповідних фахівців.

Разом з тим як свідчить практика, звернення до державних установ найчастіше використовується саме державними судами, а арбітражні суди більш схильні до залучення експертів з іноземного права.

Звернення до компетентних державних органів як в середині держави, так і за її межами обумовлено тим, що на певні з них міжнародними договорами



покладаються обов'язки надання правової допомоги, у тому числі і в частині встановлення інформації про іноземне право. Наприклад в Україні центральним органом у цих питаннях є Міністерство юстиції. Відповідно до цілою низки міжнародних договорів України про правову допомогу та правові відносини «Центральні органи... надають один одному на прохання інформацію про чинне або про те, що було раніше чинне в їх державах законодавство та щодо питань його застосування установами юстиції» (стаття 15 договору з Республікою Грузія, стаття 15 договору з Литовською Республікою, стаття 12 договору з Польщею та інші) [5, 200, 215, 243]

У деяких державах (Чехія, Угорщина) закріплюється обов'язок посадових осіб певних органів безвідносно зносин в рамках правової допомоги, надавати на прямі запити інформацію про зміст національного права.

Серед багатосторонніх міжнародних договорів основне місце займає Європейська конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства 1968 року. Відповідно до неї Договірні Сторони зобов'язуються надавати одна одній, інформацію з питань свого цивільного та торгового законодавства і процесуального права в цих галузях, а також з питань їхнього судового устрою (стаття 1). Проте як свідчить практика застосування цієї Конвенції, в тому числі і Україною, ефективного механізму надання відповідної інформації вона на жаль не створила. Це відзначалось і в доктрині різних держав, зокрема вказувалось, що «не тільки передача клопотань про надання інформації забирає багато часу та зусиль... але і отриманий результат має набагато менше значення у порівнянні з висновками експерта» [4, 310]

Саме тому серед різних способів встановлення змісту іноземного права перевага надається неофіційним, тобто не пов'язаним із зверненням до державних органів. Для цього законодавець передбачає можливість залучити у якості експертів відповідних фахівців.

Так Закон України про міжнародний комерційний арбітраж закріплює можливість якщо сторони не домовились про інше, третейський суд може призначити одного або кількох експертів для подання йому доповіді з конкретних питань, які визначаються третейським судом, а також якщо сторона просить або якщо третейський суд вважає це за необхідне, експерт повинен після подання свого письмового або усного висновку взяти участь у слуханні, на якому сторонам надається можливість ставити йому запитання та представляти свідків-експертів для одержання свідчень із спірних питань (стаття 26).

Таким чином експерти можуть надавати висновки щодо іноземного права як усно, так і письмово. Хоча треба відзначити, що найбільш поширеною формою висновків щодо змісту іноземного права зараз є надання суду письмових висновків.

Так у Франції в якості основного способу використовується *certificate de contume* — документ, який підтверджує зміст іноземного права, складений французькою мовою торгівельно-промисловою палатою іноземної держави, іноземним юристом або дипломатом. Схожа ситуація і в Іспанії, де найчасті-

ше використовуваним доказом є спільний висновок двох відомих юристів. У Німеччині якщо суддя не може встановити зміст іноземного права самостійно або з допомогою сторін звертаються до письмових висновків експертів з числа професорів університетів або співробітників Інституту іноземного та міжнародного приватного права.

Усні свідчення експертів з питань іноземного права найбільш широко використовуються у Великобританії і історично відображають принцип замагальності у англійському процесі.

Проте в доктрині постійно вказується і на певні недоліки встановлення змісту іноземного права із залученням експертів, особливо коли їх залучають сторони процесу. Мова йде про те, що сторона, яка пропонує певного експерта і відповідно оплачує його роботу намагається заздалегідь забезпечити собі найбільш вдалу інформацію у суді щодо змісту іноземного права. Зокрема стосовно вищезгаданого *certificate de coutume* у французькій доктрині зазначалось, що «особа, яка складає документ, намагається перш за все підтримати точку зору того, хто звернувся до нього» [6, 256]

Критеріями обрання експерта з іноземного права арбітражем або сторонами є його досвід та знання з іноземного права. Незважаючи на те, що експерти не обов'язково повинні бути членами колегії адвокатів відповідної держави, при їх обранні, як правило перевага надається практикуючим юристам та науковцям в галузі права.

У цьому контексті видається, що у разі якщо експертами виступають науковці — автори закордонних доктринальних праць, то в суді завжди є можливість перевірити такі висновки із використанням відповідних робіт.

Однак, в будь-якому разі арбітр буде оцінювати висновки експертів щодо іноземного права за своїм внутрішнім переконанням. Він може відмовитись брати до уваги свідчення експерта однієї сторони, навіть якщо вони не заперечуються іншою стороною, і ухвалити рішення на підставі власного дослідження норм іноземного права.

У такому разі принциповим моментом є те, що ухваливши рішення на підставі норм іноземного права арбітр має вказати джерела з яких він отримав інформацію про таке право.

Від правильного встановлення змісту іноземного права залежить і правильність його застосування. В деяких країнах, зокрема Австрія, Італія, Польща неправильне застосування іноземного права є підставою для перегляду рішення судами вищих інстанцій. Вже згаданий закон Швейцарії також передбачає можливість федерального суду переглянути рішення у разі якщо рішення невірно виходить з того, що встановити зміст іноземного права не вдалося. Хоча треба відзначити, що в цілому ряді країн Європи, зокрема Франції, Нідерландах та інших, вищестоящі суди не наділені повноваженнями перегляду рішень нижчестоящих у зв'язку з неправильним застосуванням останніми норм іноземного права.

В Україні невірне застосування норм матеріального права є підставою для скасування чи зміни рішення судами апеляційної чи касаційної інстанції. По-

няття невірною застосування норм матеріального права охоплює як незастосування закону, який має бути застосований або застосування закону який не має бути застосований, так і невірне тлумачення закону. Відповідно все це стосується і неналежного застосування іноземного закону.

І якщо невірне застосування іноземного права державним судом може бути підставою для скасування чи зміни такого рішення, то рішення ухвалені арбітражним судом є остаточними і таких підстав чинні законодавчі акти не передбачають.

Однак чи можемо ми стверджувати, що невірне застосування іноземного закону, в тому числі і через не встановлення його змісту, арбітражним судом не несе жодних наслідків для такого рішення? Відповідь є очевидною — такі наслідки існують. Неправильне застосування іноземного закону арбітражним судом може створити перешкоди для виконання такого арбітражного рішення.

Виникає питання, що робити арбітру у разі якщо не вдалося встановити зміст іноземного права, яке має бути застосованим. Такі випадки можуть бути обумовлені неможливістю отримати достатню інформацію про зміст іноземного права або якщо така інформація є наявною але відображає абсолютно протилежні думки чи питання, що розглядається, не вирішується іноземним правом.

Вирішення цієї проблеми в законодавстві та практиці країн є різноманітним від відмови державного суду в задоволенні позову, до застосування судом принципу *lex fori*. Застосування останнього принципу у разі не встановлення українським судом змісту іноземного права, передбачено і законом України про міжнародне приватне право (стаття 8).

Що стосується арбітражу то навряд чи у такому випадку він може просто відмовити у позові. Стаття 25 Закону України про міжнародний комерційний арбітраж закріплює положення про те, що неподання відповідачем заперечень стосовно позову не розцінюється само по собі як визнання тверджень позивача. Таким чином арбітр не може відмовити в позові через те, що позивач не надав відповідних доказів змісту іноземного права, що має бути застосовано, якщо відповідач не заперечує проти вимоги позивача. В протилежному випадку може бути порушений один з ключових принципів, закріплених цим Законом — рівне ставлення до сторін (стаття 18).

Відносно можливості застосування арбітражем принципу *lex fori* у разі не встановлення змісту іноземного права також виникають певні сумніви, хоча на практиці арбітражний суд йде саме цим шляхом.

Відповідно до вищезгаданого закону у разі відсутності якої-небудь вказівки сторін третейський суд застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає застосованими (стаття 28). Тобто арбітраж може визначити застосоване матеріальне право на підставі іноземних колізійних норм. У цьому зв'язку видається логічним, що у разі неможливості встановити зміст норм іноземного права арбітраж має право звернутись до інших колізійних норм, які визначають відповідне іноземне право, зміст якого буде можливо встановити.

В цілому хотілось би відзначити, що в судовій практиці арбітражів та державних судів з питання встановлення змісту та застосування іноземного права варто було б уникнути розбіжностей та бажано закріпити єдині підходи.

### ***Використані матеріали***

1. *Чешир Дж., Норт.П* Міжнародне приватне право. — М., 1982. — 433 с.
2. Міжнародне приватне право: сучасні проблеми. — М., 1994. — 507 с.
3. Новий Цивільний процесуальний кодекс Франції. — К., 2004. — 429 с.
4. *Шак Х.* Міжнародне цивільне процесуальне право: підр./перекл. з нім. — М., 2001. — 379 с.
5. *Г. Галущенко* Питання міжнародного приватного права у міжнародних договорах України про правову допомогу. — К., 2005. — 469 с.
6. *В. Толстих* Міжнародне приватне право: колізійне регулювання. — Спб., 2004. — 526 с.

## **ЗАСТОСУВАННЯ ІНОЗЕМНОГО ВАЛЮТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В СУЧАСНІЙ АРБІТРАЖНІЙ ПРАКТИЦІ**

*Криволапов Богдан (Україна)*

*к.ю.н., доцент кафедри міжнародного приватного права  
Інституту міжнародних відносин КНУ імені Тараса Шевченка*

Актуальність обраної теми обумовлена тим, що на сьогодні в науці міжнародного приватного права мало уваги приділяється проблемам застосування іноземного валютного законодавства. Проблема ще ускладнюється ще й тим, що у судовій та арбітражній практиці відсутній єдиний підхід щодо можливості застосування іноземного валютного законодавства, особливо коли це стосується іноземних норм валютного контролю.

Вивченням цього питання займалися такі вчені як Лунц Л., Манн Ф.А., Ебке В., Голд Дж., Блер В., Коен Р. та інші відомі вітчизняні і зарубіжні теоретики міжнародного приватного права. Однак, слід зазначити, що вищезгадані автори пропонують абсолютно різні, часом навіть протилежні способи вирішення цієї проблеми.

Лунц, розглядаючи це питання в контексті застосування іноземних валютних обмежень, підкреслював, що у більшості випадків національні суди європейських держав або відмовляли, або уникали застосувати вищезазначені норми іноземного валютного законодавства, знаходячи для цього різні приводи. При цьому використовувались як територіальний принцип, так і застереження про публічний порядок [1, с. 318].

Манн у своїй відомій роботі “The Legal Aspect of Money” також звертає увагу на досить-таки односторонній підхід судів багатьох європейських держав, які відкидали можливість застосування норм іноземного валютного законодавства. Як приклад наводиться рішення Швейцарського Федерального трибуналу від 8 жовтня 1934 року, який виніс рішення за позовом швейцарського кредитора проти німецького боржника, незважаючи на те, що рахунок відповідача був заблокований на підставі норм валютного контролю Німеччини. Основним аргументом було те, що такі норми німецького валютного законодавства були «грабіжницьким зазіханням» для швейцарського кредитора і суперечили швейцарському публічному порядку [2, с. 399]. Сам же автор стоїть на позиції того, що не слід відкидати застосування іноземних норм про валютний контроль, посилаючись при цьому на «застереження про публічний порядок». Аналізуючи позицію англо-американських судів, Ф.А. Манн робить висновок, що суди країн «загального права» не виключали можливість застосування іноземних норм про валютне регулювання і валютний контроль, якщо фінансова операція в контексті регулюється іноземним правом, яке передбачає валютні обмеження.

Блер звертає увагу на те, що американські суди часто використовують «доктрину акта держави» при застосуванні іноземних норм про валютний контроль. Згідно «доктрини акта держави» національні суди не повинні під-

давати сумніву законність актів органів влади іноземної суверенної держави, яка здійснюється в рамках своєї території [3, с. 22]. Вперше це правило було сформульовано у справі *Underbill v. Hernandez*. Цікавим фактом є те, що деякі американські суди вважають «доктрину акта держави» спеціальною колізійною нормою, яка, в окремих випадках, відсилає до права будь-якої держави [4, с. 399]. Блер також вказує, що англійські суди ставлять можливість застосування іноземних валютних норм у залежність від права, яке буде застосовуватися до грошового зобов'язання та місця виконання даного зобов'язання [4, с. 398].

Міжнародний валютний фонд чітко висловив свою позицію з цього питання в п. (b) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ. Дана норма передбачає, що виконання валютних контрактів з використанням валюти будь-якої держави-члена не повинна йти в розріз з правилами валютного контролю даної держави, що їх встановила або вводить відповідно до цієї Угоди. Такі валютні контракти не можуть бути забезпечені судовим захистом на територіях жодної держави-члена [5]. На думку Ебке, ця стаття чітко вказує на можливість застосування іноземних норм щодо валютного контролю. Ебке також вважає, що міжнародні арбітражні суди повинні застосовувати дану статтю Угоди про МВФ *ex officio*, якщо це впливає із суті спору. Також слід зазначити, що, на думку цього автора, вищезазначене положення є нормою прямої дії, у випадку, якщо Угоду про МВФ трансформовано у внутрішнє законодавство [6, с. 125]. Таку ж саму думку щодо змісту п. (b) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ поділяє Манн [2, с. 517]. Він вважає, що не можна примусити виконати грошові зобов'язання за контрактом всупереч заборонним нормам національного валютного законодавства. Проте проблема полягає в тому, що судова та арбітражна практика, навіть після появи цієї статті, є непослідовною та суперечливою.

Ебке відзначає традиційний консерватизм, притаманний судам Англії та США стосовно застосування вищезазваної статті Угоди про МВФ. Як приклад, даний автор наводить справу *Frankman v. Anglo-Prague Credit Bank*, яка розглядалась у англійському суді, коли Суд Палати лордів застосував норми валютного контролю Чехословаччини, але тільки тому, що до суті справи застосувались норми цієї країни. Про п. (b) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ ніхто не згадував [6, с. 140]. Аналізуючи практику судів Німеччини з цього питання, Ебке також вказує на деяку непослідовність. Так, на підставі п. (b) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ, Земельний суд міста Гамбурга визнав зовнішньоекономічний контракт на поставку сульфату амонію недійсним, тому що він суперечив нормам іноземного валютного контролю. У той же час Земельний суд Берліну не застосував до договору норми валютного контролю Тайваню, проігнорувавши таким чином положення п. (b) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ [6, с. 140].

Однією з перешкод у застосуванні іноземного валютного законодавства є неоднозначне тлумачення такого терміну як «валютний контракт» у п. (b) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ. Існують два варіанти тлумачення цього терміну. Згідно з першим варіантом, валютний контракт — це контракт, об'єктом



якого є валютні цінності. Таке тлумачення валютного контракту називається «вузьким» тлумаченням і застосовується судами англо-американського права. Згідно з іншим трактуванням, валютний контракт це — будь-які контракти, де валютні цінності використовуються як засоби платежу. Таке тлумачення називається «розширеним» і застосовується в судах романо-германської системи права [7, с. 333]. Знову ж таки, звертає на себе увагу непослідовна практика судів англо-американського права. В справі *Sharif v. Azad* Апеляційний суд Англії застосував «розширене» тлумачення валютного контракту, але в справі *Wilson, Smithen & Cope Ltd. v. Teruzzi* застосував «вузьке» тлумачення «валютного контракту» [6, сс. 148–149].

Найбільш суперечливим та резонансним стало рішення по справі *Allied Bank III*. 18 березня 1985 року. Апеляційний суд другого округу США у справі *Allied Bank International v Banco Credito Agricola de Cartag* анулював раніше прийняте рішення, що дозволяло іноземній державі в односторонньому порядку припинити розрахунки для погашення свого зовнішнього боргу. У справі *Allied Bank* суд постановив, що а ні доктрина про державний суверенітет, а ні принцип міжнародної ввічливості не передбачають надання екстериторіального права для Коста-Ріки накладати в односторонньому порядку мораторії на платежі за зовнішньоекономічними зобов'язаннями [8]. Дане рішення ще раз підтвердило непослідовність судів стосовно прийняття рішень при застосуванні іноземних правил валютного контролю і викликало різку критику серед представників наукової спільноти.

Україна приєдналась до МВФ згідно закону №2402-ХІІ від 3 червня 1992 року. За статтею 8 вищезазначеного закону, Угода про МВФ набрала чинності на території України у повному обсязі [9]. Тобто, положення п. (b) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ є частиною внутрішнього законодавства України і повинно застосовуватись національними судовими установами у спорах, де виникають питання запровадження країною-учасницею МВФ валютного контролю. Оскільки, на нашу думку, термін «валютні контракти» у п. (b) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ означає будь-які контракти, де валютні цінності використовуються як засіб платежу, українські суди можуть та повинні застосувати *ex officio* іноземні норми валютного контролю.

Враховуючи вищенаведене, можна зробити наступні висновки:

1. На сьогодні проблема застосування іноземних норм валютного законодавства остаточно не вирішена в науці міжнародного приватного права. Практика судів з цих питань є досить суперечливою та непослідовною.

2. Американські суди досить часто застосовують іноземні норми про валютні обмеження і валютний контроль, використовуючи «доктрину акта держави». Англійські ж суди ставлять можливість застосування іноземного валютного законодавства у залежність від права, яке буде застосовуватися до грошового зобов'язання та місця виконання даного зобов'язання.

3. Правило, передбачене п. (b) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ передбачає застосування іноземних норм валютного законодавства дає подальший сти-

мул для вивчення цієї проблеми. Дана міжнародно-правова норма встановлює чіткі правила поведінки і допускає застосування іноземних валютних норм.

4. На сьогодні в доктрині по-різному трактується поняття «валютний контракт» за п. б) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ. Це викликає багато непорозумінь в сучасній теорії та практиці. На думку автора, термін «валютний контракт» слід розуміти як будь-який договір, де валютні цінності використовуються як засіб платежу. Таке тлумачення буде відповідати загальним принципам та цілям МВФ.

5. При необхідності українські суди мають застосовувати іноземні норми валютного контролю, які обмежують платежі за будь-якими операціями, на підставі положення п. б) Розділу 2 статті 8 Угоди про МВФ, яке є частиною внутрішнього законодавства України.

#### **Список використаних джерел:**

1. Луниц Л.А. Деньги и денежные обязательства. — М.: Статут, 1999. — 352 с.
2. Mann F. A. The Legal Aspect of Money. — Oxford: Clarendon Press, 1992. — 668 p.
3. Black's Law Dictionary. Abridged sixth edition. 7-th Reprint. 1997. — 1132 p.
4. William Blair. Interference of Public law in the performance of International Monetary obligations. International Monetary law. Issues for the New millennium. Edited by Mario Giovanoli. — Oxford University press, 2000. — 590 p.
5. Статті соглашения Международного Валютного Фонда. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/rus/index.pdf>
6. Эбке В. Международное валютное право: Пер. с нем. — М.: Международные отношения, 1997. — 336 с.
7. Криволапов Б.М. Проблеми застосування іноземного валютного законодавства у міжнародному приватному праві// Часопис Київського університету права. — К., 2012. №4, с. 331–334.
8. Robert P. Coyne, Allied Bank III and United States Treatment of Foreign Exchange Controls: The Effects of the Act of State Doctrine, the Principle of Comity, and Article VIII, Section 2(b) of the International Monetary Fund Agreement, 9 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 409 (1986). [Електронний ресурс]. Сайт Boston College International & Comparative Law Review. — Режим доступу: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol9/iss2/7>
9. Закон України Про вступ України до Міжнародного валютного фонду, Міжнародного банку реконструкції та розвитку, Міжнародної фінансової корпорації, Міжнародної асоціації розвитку та Багатостороннього агентства по гарантіях інвестицій №2402-ХІІ від 3 червня 1992 року. [Електронний ресурс]. Сайт Верховної Ради України. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2402-12>

## ЗАСТОСУВАННЯ МАТЕРІАЛЬНОГО ПРАВА ДЕКІЛЬКОХ КРАЇН І КОНЦЕПЦІЯ DÉREÇAGE

*Семенов Ігор (Україна)*

*FCI Arb, старший юрист МЮГ "Astapov Lawyers"*

Автономія волі сторін як один із фундаментальних інститутів міжнародного приватного права, серед іншого, дозволяє суб'єктам приватно-правових відносин самостійно обирати право, застосовне для визначення їх прав та обов'язків за договором. Реалізуючи принцип автономії волі, суб'єкти приватно-правових відносин на власний розсуд можуть узгодити вибір застосовного права, зробивши в своєму договорі відповідне застереження про вибір права. Сторони можуть вільно обирати застосовне право однієї або декількох країн або ненаціональне право, як до правочину в цілому, так і до окремих визначених його частин.

В теорії міжнародного права існують різні шляхи застосування матеріального права декількох країн, до прикладу: (1) кумуляція колізійних прив'язок, за якої правовідношення не послідовно, а одночасно «прив'язане» до певного правопорядку; (2) розщеплення колізійної прив'язки або *déreçage* є застосуванням матеріального права різних країн до окремих елементів одного й того правовідношення; (3) застосування альтернативних колізійних норм, що передбачає декілька правил застосування права до певних правовідносин.

Проте, найцікавішим і в той же час найскладнішим проявом застосування матеріального права декількох країн є саме розщеплення колізійної прив'язки або *déreçage*. Дана концепція має, також, й інші назви, зокрема "picking-and-choosing" або "split proper law principle". В результаті розщеплення колізійної прив'язки різні частини правовідношення підпорядковуються різним правопорядкам. Вищезазначене робить *déreçage* найвищою мірою автономії волі сторін, що виражається у застосуванні різних правопорядків в рамках одного договору.

За суб'єктом застосування слід виділити такі види *déreçage*: (1) добровільний *déreçage*, за якого сторони узгоджують його застосування реалізуючи принцип автономії волі та (2) судовий *déreçage*, за якого суд або арбітраж, за відсутності явно вираженого вибору права, самостійно визначає застосовне право шляхом *déreçage*.

На практиці досить часто суд або арбітраж застосовує *déreçage* для визначення застосовного права у випадку, якщо сторони явно не обрали право або якщо обране сторонами право неможливо застосувати. У цьому випадку суд, крок-за-кроком, визначає застосовне право, окремо до кожної частини договору. При цьому слід зазначити, що існує кілька способів застосування *déreçage*. Одним із способів є встановлення загальної колізійної прив'язки та субсидіарних прив'язок, що виключають дію загальної. Іншим способом є підпорядкування різних елементів правочину різним правовим системам.

Можливість застосування концепції *dépeçage* знаходить своє нормативне відображення, як в міжнародних нормативно-правових актах, так і на рівні національного законодавства різних країн. Так, можливість застосування концепції *dépeçage* була закріплена у Конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 року, в частині 1 статті 3 якої, зокрема, зазначається, що сторони можуть визначити право, що підлягає застосуванню для свого договору в цілому або для окремої його частини.

Аналогічне положення в подальшому було також включено до Регламенту (ЄС) №593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право застосовне до договірних зобов'язань» в ч. 1 ст. 3 якого, зокрема, зазначається: «Договір регулюється правом, обраним сторонами. Вибір повинен бути прямо висловленим або однозначно витікати з положень договору чи обставин справи. З допомогою такого вибору сторони можуть визначити право, що підлягає застосуванню для свого договору в цілому або для окремої його частини».

В свою чергу, у ч. 2 ст. 2 Гаазьких принципів про вибір застосовного права до міжнародних контрактів 2015 року, також, закріплено можливість застосування *dépeçage*: «Сторони можуть обрати: а) право, застосовне до всього договору або тільки до його частини; і б) різне застосовне право до різних частин договору».

Стаття 6 Конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» 1980 року надає сторонами право часткового застосування конвенції, що дозволяє реалізувати *dépeçage*: «Сторони можуть виключати застосування цієї Конвенції або, за умови додержання статті 12, відступати від будь-якого з її положень чи змінювати його».

В Україні можливість застосування *dépeçage* закріплена й на рівні національного законодавства. Так, в ч. 3 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що вибір права може бути здійснений щодо правочину в цілому або щодо його окремої частини.

Застосування концепції *dépeçage* має свої переваги, серед яких, перш за все, слід відзначити надзвичайно широкі можливості для реалізації автономії волі сторін, адже сторони, по суті, є творцями власного «зручного» для них права у межах конкретного договору. Застосовуючи норми різних правопорядків в межах одного договору, сторони мають можливість застосувати найкращі досягнення у регулюванні договірних відносин різних правових систем. Вищезазначене дозволяє сторонам підпорядкувати окремі частини договору більш «зручному» та «досконалому» правопорядку, уникнувши при цьому небажаних норм обраного права. До прикладу, концепція *dépeçage* дозволяє сторонам підпорядкувати права та обов'язки сторін договору праву однієї країни, а питання відповідальності сторін — праву іншої країни.

Слід зазначити, що застосування концепції *dépeçage* є виправданим у складних змішаних договорах, окремі частини яких є відносно самостійними і містять елементи різних договорів, а також якщо різні частини договору виконуються в різних країнах. Застосування матеріального права декількох кра-

їн також може бути варіантом компромісу у договорах, де однією із сторін є суб'єкт публічного права.

Попри всі вищезазначені переваги застосування *dépeçage*, існує й ціла низка пов'язаних з ним ризиків. Так, застосування матеріального права декількох країн суттєво ускладнює правовідносини, що часто може призвести до браку достатньої передбачуваності та певності і, в результаті, може призвести до непередбачуваних для сторін наслідків. Крім того, застосування такого складного механізму як *dépeçage* неодмінно ускладнить правозастосування судом або арбітражем через необхідність визначення змісту іноземного права декількох країн та, відповідно, обсягу його застосування в межах регулювання певних правовідносин.

Погоджуючись на застосування права декількох країн сторонам також слід мати на увазі, що обрані правопорядки можуть мати деструктивний ефект по відношенню один до одного, що призведе до суттєвих протиріч в ході виконання контракту чи вирішення спору. Крім того, існує ризик виникнення уявного конфлікту (*false conflict*) вибору права, який виражається в тому, що застосування будь-якого із обраних правопорядків призведе до одного і того ж результату, а обравши *dépeçage* сторони лише необґрунтовано ускладнили свої правовідносини.

Застосовуючи *dépeçage* слід мати на увазі, що автономія волі сторін обмежена відповідними імперативними нормами, а також не має суперечити публічному порядку. Так, ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», чітко окреслює межі автономії волі сторін щодо обрання застосовного права, встановлюючи, що норма права іноземної держави не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України.

Підсумовуючи вищезазначене, слід зазначити, що застосування права різних країн до окремих елементів одного й того правовідношення є виправданим лише у складних договорах. Основною умовою успішного застосування *dépeçage* є логічна узгодженість обраних сторонами правопорядків. Водночас, застосовуючи *dépeçage* слід завжди пам'ятати про існування цілої низки ризиків, неврахування яких може призвести до непередбачуваних сторонами результатів.

## **О ПРАКТИКЕ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНЦИПОВ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ ДОГОВОРОВ (УНИДРУА) СУДАМИ УКРАИНЫ**

*Смитюх Андрей (Украина)*

*к.ю.н., доцент Одесского национального университета имени И.И. Мечникова,  
кафедра административного и хозяйственного права*

Принципы международных коммерческих договоров [1] являются международным документом негосударственного происхождения, посвященным проблемам общего договорного права. Первая редакция Принципов была утверждена Административным Советом УНИДРУА 15 мая 1994 г. и регулировала вопросы заключения, содержания, толкования, выполнения и невыполнения международных коммерческих договоров. В 2004 и 2010 годах были приняты новые редакции Принципов, дополненные новыми разделами, соответственно, о полномочиях представителей, правах третьих лиц, уступке прав, переводе долга, замене стороны по договору и исковой давности (в редакции 2004 г.), а также — о множественности должников и кредиторов и зачете требований (в редакции 2010 г.).

Предыстория Принципов тесно связана с Конвенцией о международной купле-продаже товаров (далее — CISG), принятой в 1980 г. на дипломатической Конференции ООН в Вене, в которой принимали участие представители 62 государств и 8 международных организаций. Майкл Бонель назвал CISG «лучшим, чего можно было достичь в области торгового права на законодательном уровне» [2, с. 27]. Именно невозможность разработать на этом уровне более основательный документ привела к отказу от идеи создания всемирной конвенции, которая устанавливала бы общие нормы договорного права международной торговли. Как следствие был выбран путь негосударственной кодификации обычаев международной торговли путем создания свода общего договорного права, разработанного ведущими правоведами планеты.

По мнению Уильяма Тетли Принципы УНИДРУА позволили достичь впечатляющего синтеза права международной торговли, конструктивного примирения различных правовых традиций в интересах международного делового сообщества [3, с. 598].

Авторитет коллектива разработчиков Принципов УНИДРУА и организации, объединившей усилия членов коллектива, объем проведенной сравнительно-правовой работы и качество ее результата позволили Принципам УНИДРУА превратить личные мнения отдельных специалистов о *lex mercatoria* в коллективный консенсус, формирующий *lex mercatoria* как таковое. Именно благодаря Принципам УНИДРУА, воплотившим все основополагающие принципы *lex mercatoria*, последнее приобрело все признаки автономной системы договорного права.

Принципы УНИДРУА разработаны для того, чтобы, как сказано во Вступительном слове «установить сбалансированный свод норм, предназначенных



для использования во всем мире независимо от правовых традиций, а также экономических и политических условий отдельных стран, где они будут применяться» [1, с. viii].

Учитывая мировую практику применения Принципов УНИДРУА можно утверждать, что Принципы применяются как: (1) надлежащее право договора на основании прямого, опосредованного (как часть *lex mercatoria*) либо, в отдельных случаях — негативного выбора сторон договора; (2) критерий принятия решений *ex aequo et bono* международными арбитражами; (3) средство толкования и дополнения международных унифицированных документов (в первую очередь — CISG); (4) заменитель норм национального права, подлежащего применению; (5) средство легитимизации применения норм национального права; (6) образец для национальных и международных законодателей; (7) учебник, словарь и материал для сравнительно-правовых исследований; (8) средство толкования оговорок договоров о надлежащем праве и арбитражных оговорок [4, с. 110].

Ст. 7 ГК Украины предусматривает возможность применения обычаев, понимаемых как правило поведения, не предусмотренное актами гражданского законодательства, однако устоявшимся в определенной сфере гражданских отношений в т.ч. — обычаев делового оборота, если они не противоречат положениям закона.

Исходя из этого еще в 2004 г. было высказано мнение о том, что существование многих параллельных мест в Принципах УНИДРУА и новом, на тот момент, ГК Украины позволяет применять судам Украины Принципы в соответствии со ст. 7 ГК: как обычаи, дополняющие подобные положения ГК (обычаи *secundum legem*), т. е. — обычаи, конкретизирующие положения нормативно-правовых актов; как обычаи восполняющие пробелы ГК (обычаи *praeter legem*), т.е. обычаи, устанавливающие правила, которые регулируют вопросы, полностью проигнорированные законодателем, кроме того Принципы могут служить средством толкования норм ГК; а участники оборота могут использовать их как образец для составления договоров [4, с. 182].

Конечно же, применение Принципов УНИДРУА государственными судами не охватывает всей полноты возможностей использования Принципов при разрешении споров: Принципы как надлежащее право договора используются большей частью, а в производстве *ex aequo et bono* — исключительно международными коммерческими арбитражами.

По данным Единого государственного реестра судебных решений, по состоянию на 27.09.2015 суды Украины приняли 39 решений по 29 делам, в которых упоминаются Принципы УНИДРУА (см. Таблицу 1). В 6 случаях стороны аргументировали Принципами свои требования либо возражения, однако суд проигнорировал аргументацию сторон принял и решение не основываясь на Принципах, впрочем — без прямого отказа в их применении. В 4 случаях суд прямо отказал в применении Принципов, ссылаясь на то, что стороны не оговорили в договоре, что их отношения регулируются Принципами, в 2 случаях

суд отказал в применении Принципов со ссылкой на немеждународный характер отношений сторон. В остальных 27 случаях суд применил Принципы, причем лишь 5 из этих 27 решений были отменены вышестоящими инстанциями, во всех случаях — не в связи с неправомерностью применения Принципов УНИДРУА [5, 6, 7, 8, 9]. 4 из отмененных решений [5, 6, 7, 8] были приняты по 1 делу, рассмотрение которого завершил Высший хозяйственный суд Украины (далее — ВХСУ), приняв постановление, в котором, в свою очередь, также применил Принципы [10].

Во всех случаях суды применяли Принципы в редакции 1994 г. Можно утверждать, что редакции Принципов 2004 и 2010 г. украинским судам неизвестны.

Следует отметить, что из 226 решений государственных судов с использованием Принципов, представленных в UNILEX (база данных, в которой УНИДРУА обобщает практику применения Принципов и CISG), 21 решение принято украинскими судами и по этому показателю Украина занимает 2 место в мире после РФ (39 решений). Для сравнения, в Польше и Канаде Принципы УНИДРУА применялись государственными судами по 1 разу, в Бельгии и Норвегии — по 2 раза, в Германии — 3 раза. Таким образом, каждое 10 решение в мире о применении Принципов УНИДРУА принимают суды Украины.

Ниже приводится анализ решений судов, которые не были отменены вышестоящими судами и могут свидетельствовать об устойчивых тенденциях в практике применения Принципов УНИДРУА украинскими судами.

Хозяйственные суды. Наибольшее количество решений с использованием Принципов принято хозяйственными судами Украины (19 решений, из них 14 — неотмененных), что естественно, т.к. именно эти суды рассматривают основную массу споров, возникающих в сфере предпринимательской деятельности.

Информационное письмо ВХСУ от 7 апреля 2008 г. №01-8/211 [11], назвав Принципы УНИДРУА в редакции 1994 г. среди применяемых в Украине документов, в которых зафиксированы обычаи делового оборота, фактически рекомендовало хозяйственным судам применять данный документ при рассмотрении хозяйственных споров. Следует отметить, что в письме ВХСУ от 7 апреля 2008 г. №01-8/211 фигурирует понятие «обычаи делового оборота», которое гораздо шире понятия «обычаи международной торговли», т.к. включает в себя обычаи, применяемые к отношениям без иностранного элемента. На момент принятия указанного письма уже была утверждена редакция Принципов 2004 г., однако в письме фигурирует ссылка на Принципы 1994 г. Оба эти обстоятельства, как будет продемонстрировано ниже, оказали воздействие на практику применения Принципов государственными судами Украины.

Интересным обстоятельством является то, что из 14 неотмененных решений хозяйственных судов только 2 приняты по спорам, возникшим из международных контрактов.

Одно из них — это постановление ВХСУ по делу о взыскании убытков по договору международной купли-продажи товаров между украинским продавцом и российским покупателем [10].

Дело дважды доходило до ВХСУ, который оба раза отменял решения нижестоящих судов, в первый раз вернув дело на новое рассмотрение, во второй — приняв решение по существу<sup>193</sup>.

По этому делу украинский истец-поставщик пытался взыскать с российского ответчика-покупателя ущерб, причиненный неисполнением договора, причиной которого стал отказ Федеральной службы РФ по ветеринарному и фитосанитарному контролю в выдаче импортного карантинного разрешения на продукцию истца.

Суд со ссылкой на ст. 79 «Препятствия к исполнению договора» CISG, ст. 652 «Изменение или расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств» ГК Украины, ст. 1.7. «Добросовестность и честная деловая практика», 6.1.14. «Обращение за государственным разрешением», 6.1.15. «Процедура обращения за разрешением», 6.1.16. «Невыдача и отсутствие отказа в выдаче разрешения», 7.1.7. «Непреодолимая сила/Форс-мажор» Принципов отказал продавцу в иске, признав отказ государственных органов РФ препятствием вне контроля ответчика, которое нельзя было разумно принимать в расчет при заключении договора, избежать или преодолеть, при этом Принципы применялись судом «в совокупности» с нормами CISG, как документ, содержащий обычаи международной торговли.

Еще 1 решение является постановлением ВХСУ об отмене решений нижестоящих судов по делу из международного контракта о коммерческом сотрудничестве с возвращением дела в суд первой инстанции на новое рассмотрение: в этом постановлении ВХСУ дал указание при новом рассмотрении дела учесть ст. 1.7. «Добросовестность и честная деловая практика» [12]. Следует, вместе с тем, отметить, что при новом рассмотрении суды принимали решения без ссылок на Принципы УНИДРУА.

Функционально Принципы УНИДРУА по данным делам применялись как обычаи *praeter legem* (ст. 6.1.14., 6.1.15.) и *secundum legem* (ст. 1.7., ст. 7.1.7.).

В остальных 12 случаях хозяйственные суды применяли Принципы УНИДРУА при принятии решений по спорам из договоров немеждународного характера.

Следует отметить разнообразный характер немеждународных отношений, к которым хозяйственными судами применялись Принципы УНИДРУА: в 4 решениях (по 3 делам) речь шла о договорах сервитута [13, 14, 15, 16], в 3 решениях — о немеждународной купле-продаже [17, 18, 19] (в т.ч. — государственные закупки оборудования, купля-продажа сельскохозяйственной продукции, купля-продажа павильонов), в 2 — об аренде [20, 21], в 2 — о лизинге [22, 23] и в 1 — о договоре переработки газа в тепло [24].

В одном из этих решений [17] по делу о взыскании задолженности по договору купли-продажи сельскохозяйственной продукции, суд со ссылкой на Инфор-

---

<sup>193</sup> Как уже указывалось выше, 4 из 5 отмененных решений хозяйственных судов, в которых применялись Принципы, были приняты по этому делу. Ни в одном из этих случаев отмена не мотивировалась тем, что нижестоящие суды применили Принципы.

мационное письмо ВХСУ от 07.04.2008 г. №01-8/24 в качестве обычаев делового оборота и в дополнение к ст. 202 «Понятие и виды сделок», ст. 626 «Понятие и виды договора» применил ст. 2.1. «Способ заключения договора» Принципов, в соответствии с которой договор может быть заключен в результате поведения сторон, достаточно свидетельствующего о соглашении с оговоркой о том, что данное положение может применяться и при изменении условий договоров (представляется, что в данном случае суду следовало также учесть гораздо более близкую к ст. 2.1. Принципов по смыслу ч.2 ст. 205 ГК). Как следствие суд признал, что стороны своими действиями по отгрузке продукции и ее оплате изменили условия заключенного ими договора купли-продажи об объемах поставляемой свеклы и ее цене и принял решение исходя из этих измененных условий.

В остальных 11 случаях хозяйственные суды применяли положения Принципов УНИДРУА о затруднениях — ст. 6.2.1. «Соблюдение договорных обязательств» (по 1 решению) [18], ст. 6.2.2. «Определение затруднений» (по остальным 10 решениям). Во всех случаях указанные положения Принципов использовались как средство дополнения ст. 652 «Изменение или расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств» ГК Украины. Исходя из критериев, предусмотренных ст. 6.2.1., ст. 6.2.2. Принципов суды решали вопрос о том, имеет ли место существенное изменение обстоятельств по делам о расторжении или изменении договоров. При этом существенное изменение обстоятельств рассматривалось в контексте предусмотренной Принципами категории «затруднений» (англ. — *hardship*), а Принципы применялись без характеристики их как документа, фиксирующего обычаи и без ссылок на Информационное письмо ВХСУ от 07.04.2008 г. №01-8/24.

В 8 случаях суды пришли к выводу об отсутствии существенного изменения обстоятельств и затруднений в исполнении обязательств (в числе прочих в качестве таковых стороны по делам называли принятие Верховной Радой Украины законов [20], принятие решений органами местного самоуправления [13], письмо Национальной комиссии по государственному регулированию в сфере коммунальных услуг [24], нестабильность на валютных рынках и резкий рост курса иностранной валюты [18]).

В 3 случаях суды усмотрели затруднения в существенном изменении равновесия договорных обязательств, выразившемся в возрастании стоимости исполнения обязательств:

- арендодателем по договору аренды недвижимости по причине «стремительного падения цен на рынке аренды недвижимости, снижения курса национальной валюты и повышении курса доллара США в результате кризиса деятельности в мировой финансовой системе, дефицита капитала и потери доверия инвесторов из-за дисбаланса между спросом и предложением иностранной валюты, вызванного оттоком капитала» в связи с чем был расторгнут договор аренды [21];
- лизингополучателем по договору лизинга транспортного средства, используемого им для перевозки работников, обслуживающих реализуе-

мую им строительную технику по причине «стремительного падения общестроительного и общепромышленного производства в целом по Украине и резкого ухудшения, вследствие этого, финансового состояния и состояния производства строительной техники, в частности — наступления обстоятельств, предопределяющих необходимость сокращения штата и практического прекращения деятельности, для которой был арендован предмет лизинга: уменьшения в несколько раз объемов реализации товаров в 2009 году по сравнению с 2008 годом; стремительного и непредсказуемого обесценивания национальной валюты по отношению к доллару США и ЕВРО» [22, 23].

Во всех этих случаях Принципы УНИДРУА применялись, по нашему мнению, как обычаи *secundum legem*.

В 5 случаях хозяйственные суды проигнорировали аргументацию стороны, основанную на Принципах УНИДРУА, впрочем, без прямого отказа применять Принципы. Во всех случаях имели место споры без иностранного элемента. В 4 из них речь шла о затруднениях в исполнении договорных обязательств, причем в 3 — о дополнении ст. 652 ГК положениями ст. 6.2.2. Принципов в спорах по искам должников по кредитным договорам об изменении условий договоров с указанием в качестве затруднений в исполнении договора факта боевых действий на Донбассе [25, 26, 27], в 1 случае ответчик по иску о взыскании задолженности по договору субаренды ссылаясь на Принципы в обоснование наличия затруднений в исполнении обязательств вследствие кризисных явлений в мировой экономике [28] (впрочем — без развернутой аргументации, кроме того суд установил, что арендная плата по договору неоднократно снижалась). Еще в 1 случае истец сослался на ст. 7.1.3. «Приостановление исполнения» Принципов для обоснования возражений на отзыв ответчика в деле о прекращении правоотношений участия в институте совместного инвестирования (суд удовлетворил требования истца не ссылаясь на Принципы) [29].

Резюмируя практику применения Принципов УНИДРУА хозяйственными судами следует отметить в ней 2 следующие важные тенденции.

Первая тенденция: ни в одном из случаев применения Принципов УНИДРУА хозяйственные суды не упоминают о наличии в договоре оговорки о применении Принципов, т.е. хозяйственные суды применяют Принципы УНИДРУА в отсутствие волеизъявления сторон в договоре.

Налицо конфликт с позицией тех же хозяйственных судов в случаях, когда они отказывают в применении Принципов в связи с тем, что стороны договора не оговорили их применение [30, 31, 32], при этом можно видеть, что позиция применимости Принципов в отсутствие оговорки в договоре явно превалирует (14 неотмененных решений применить Принципы в отсутствие оговорки в договоре против 3 решений отказать в применении Принципов по этому основанию).

Вторая тенденция: хозяйственные суды применяют Принципы преимущественно в спорах, возникших из международных контрактов (12 решений по спорам из отношений без иностранного элемента против 2 решений по спо-

рам, осложненным иностранным элементом, из которых только 1 решение о применении Принципов, как документа, дополняющего CISG). В этом случае также имеет место противоречивая судебная практика — в одних случаях суды отказывают в применении Принципов в спорах немеждународного характера, в других — применяют Принципы, при этом можно видеть, что позиция применимости Принципов к отношениям, не осложненным иностранным элементом явно превалирует (12 неотмененных решений применить Принципы в спорах из внутренних контрактов против 2 решений отказать в применении Принципов по этому основанию [33, 34]).

Таким образом, превалирует понимание судами Принципов как документа, содержащего свод обычных норм права (понимаемых в основном как обычаи *secundum legem*), обязательных к применению независимо от воли сторон не только в сфере международной торговли, но и шире — в самых разнообразных сферах делового оборота как такового.

Беспорным лидером среди норм Принципов по популярности у хозяйственных судов являются положения ст. 6.2.2. «Определение затруднений», явно находящиеся в одном контексте со ст. 652 ГК Украины.

Очень интересна практика обоснования хозяйственными судами со ссылкой на Принципы затруднений в исполнении договора, и, соответственно — оснований для расторжения либо изменения договора, вызванных мировым финансовым кризисом и падением национальной валюты Украины и цен на недвижимость.

**Общие суды** не применяли Принципы в искомом производстве гражданского процесса — известны лишь решение, в котором суд прямо отказал в применении Принципов в связи с тем, что стороны договора урегулировали свой договор Принципами [35], а также случай в котором суд проигнорировал аргументацию стороны, основанную на обращении к Принципам без прямого отказа применять Принципы [36], причем в обоих случаях речь шла о дополнении ст. 652 ГК положениями ст. 6.2.2. Принципов в спорах из общегражданских договорных отношений без иностранного элемента (кредитные договоры банков с физическими лицами), в качестве затруднений в исполнении договора указывались боевые действия на Донбассе [35] и падение курса национальной валюты Украины вследствие мирового финансового кризиса [36].

Вместе с тем, по делу об обжаловании решения МКАС при ТПП Украины, рассматривавшемуся не только в первой, но и в кассационной инстанции, общие суды не усмотрели обосновываемого заявителем — ответчиком по арбитражному делу нарушения публичного порядка в принятии международным арбитражем обжалуемого решения на основании одних только положений ст. 7.4.2. Принципов УНИДРУА без обращения к национальному законодательству Украины [37, 38].

То, что общие суды не применяют Принципы УНИДРУА в гражданских делах предсказуемо, т.к. они не рассматривают споров из предпринимательской деятельности, а Принципы УНИДРУА являются обобщением именно деловой



практики. Впрочем, на наш взгляд, дополнение ст. 652 ГК Украины положениями ст. 6.2.2. Принципов было бы уместно независимо от характера спора и юрисдикции суда.

Гораздо больший интерес вызывает результат рассмотрения общими судами разных инстанций жалобы на решение международного арбитража, свидетельствующий, по сути, о признании государственными судами Украины Принципов УНИДРУА в качестве составляющей *lex mercatoria* как автономного правопорядка, применение которого не противоречит публичному порядку Украины.

**Административные суды** применили Принципы УНИДРУА в 6 решениях, принятых по 4 делам, причем во всех случаях ответчиком по делу выступали фискальные органы (на момент принятия решений — налоговая инспекция), по требованиям:

- в 5 случаях — о признании недействительными / отмене налоговых уведомлений — решений, фиксировавших нарушения требований валютного законодательства о сроках расчетов при экспорте — ст. 1 (в 1 случае) [39] либо при импорте — ст. 2 (в 4 случаях по 2 делам) [40, 41, 42, 43] Закона Украины «О порядке расчетов в иностранной валюте»;
- в 1 случае — о признании незаконными действий по начислению долга перед бюджетом — сумм внутреннего кредита, выданного субъекту хозяйствования в иностранной валюте под государственные гарантии [44] (по этому делу вторым ответчиком выступало также местное управление госказначейства).

По делам о нарушении требований валютного законодательства при экспортно-импортных операциях в 3 решениях по 2 делам суд использовал Принципы для обоснования наличия либо отсутствия форс-мажорных обстоятельств:

- препятствовавших осуществлению поставки при импорте, под которыми понимался арест в Ростове-на-Дону вагонов с импортируемыми на Украину из Казахстана нефтепродуктами в качестве доказательств по возбужденному компетентными российскими органами уголовному делу [40, 41] (суды первой и кассационной инстанции квалифицировали это обстоятельство как форс-мажор, приостанавливающий течение сроков расчетов по валютным операциям, применяя оговоренные договором сторон Принципы в дополнение к положениям CISG);
- препятствовавших расчетам за поставки при экспорте свинцовых пластин в Иран, под которыми понималась резолюция СБ ООН от 23.12.2006 №1737 (2006), блокировавшая расчеты с организациями, участвующими в иранской ядерной программе [39] (суд со ссылкой на ст. 7.1.7 «Непреодолимая сила / Форс — мажор» Принципов не признал данное обстоятельство в качестве форс-мажора в связи с тем, что резолюция была принята за 4 года до заключения договора и должна была быть известна его сторонам, а также на том основании, что истец не доказал факт внесения иранского импортера в списки организаций, расчеты с которыми запрещены).

Если по первому делу Принципы УНИДРУА дополняли CISG, что позволяет рассматривать их как обычаи *secundum legem* по отношению к CISG, то по второму — применялись совершенно самостоятельно, как обычаи *praeter legem*.

В 2 решениях по 1 делу [42, 43] о нарушениях валютного законодательства суд на основании норм Принципов осуществил толкование положений внешнеэкономического контракта (ст. 4.1. «Намерение сторон», ст. 4.3. «Принимаемые во внимание обстоятельства» Принципов) — для уяснения природы платежа, осуществленного украинской компанией в пользу румынского собственника пассажирского самолета по договору аренды: исходя из намерений сторон при заключении договора, их поведения после заключения договора, общепринятого значения условий и выражений, суд пришел к выводу о том, что платеж украинского арендатора воздушного судна в пользу румынского арендодателя является задатком (депозитом), а не авансом, соответственно — отсутствуют основания для применения сроков, предусмотренных ст. 2 Закона Украины «О порядке расчетов в иностранной валюте» для осуществления поставок при импортных операциях и исчисляемых с момента внесения аванса, и, как следствие — для применения штрафных санкций за их нарушение.

В этом деле суд применял Принципы УНИДРУА с прямой ссылкой на ст. 6 Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности» — как обычаи международной торговли, причем рассматривал их вне контекста ст. 213 «Толкование содержания сделки» ГК Украины, т.е. — Принципы были применены не как средство дополнения ГК, а как обычаи *praeter legem*.

И, наконец, следует отметить решение по иску должника по договору кредита в иностранной валюте, полученного под государственные гарантии о признании незаконными действий налоговой инспекции и госказначейства [44]: в связи с неисполнением обязательств должником в пользу первого кредитора, право на получение долга перешло к госказначейству, пересчитавшему кредит, полученный в 1994 г. в немецких марках в ЕВРО, и, затем — в гривну и предъявившего соответствующие требования в деле о банкротстве должника. Публично-правовой спор возник в связи с тем, что позднее госказначейство предъявило дополнительные требования на сумму, составившую, по сути курсовую разницу, возникшую в связи с изменением курса гривны к ЕВРО за период с 2003 (когда госказначейство оплатило в качестве гаранта долг) по 2009 г.

В этом деле суд обратился к ст. 6.1.9. «Валюта платежа» Принципов для дополнения ч.2 ст. 533 ГК и раскрытия ее содержания: если денежное обязательство выражено в валюте иной, чем валюта места платежа, оно должно быть выплачено в валюте места платежа, при этом кредитор имеет право требовать осуществления такого платежа в соответствии с применимым курсом обмена валюты на момент наступления срока платежа, либо на момент фактического осуществления платежа. В удовлетворении иска должника была отказано.

Резюмируя практику применения Принципов административными судами Украины, следует отметить, что административные суды ни разу не отказы-

вали в применении Принципов УНИДРУА и не игнорировали аргументацию сторон, основанную на Принципах.

В 2 случаях применения Принципов из 6 административный суд аргументировал применение Принципов ссылкой на положения договора, как документа дополняющего CISG [40, 41], в остальных 4 случаях договор не содержал положений, оговаривающих применение Принципов.

В 5 из 6 случаев публично-правовой спор возник в связи с осуществлением экспортно-импортных операций по внешнеэкономическим договорам, в 1 случае — в связи с исполнением договора, долговое обязательство по которому было выражено в иностранной валюте.

В практике административных судов Принципы применяются, в значительной части случаев, как обычаи помимо закона (*praeter legem*) — без привязки к частноправовым нормам национального права Украины. При этом во всех случаях ГК Украины содержал, на самом деле, положения, к которым суд мог бы апеллировать. Можно сказать, что стиль аргументации административных судов отличается от стиля хозяйственных судов: последние в подобной ситуации сослались бы на положение ГК Украины, которое затем дополнили бы нормой Принципов, применение которых носило бы характер использования обычаев в дополнение закона (*secundum legem*).

Применение норм частного права в публично-правовых спорах, рассматриваемых административными судами, является, скорее, исключением, возможно именно поэтому в такого рода спорах, осложненных иностранным элементом, эти суды стремятся избежать обоснования выбора применимого частного права, обращения к коллизионным нормам и предпочитают опираться на Принципы как элемент вненациональной правовой системы обычного права международной торговли (*lex mercatoria*), применимые вне зависимости от того, какая национальная правовая система регулирует договор.

**Заключение.** Резюмируя обзор применения Принципов УНИДРУА судебной системой Украины в целом, следует отметить достаточно активную (по сравнению с другими государствами) практику применения Принципов УНИДРУА хозяйственными, и, в меньшей степени административными судами Украины.

Во всех случаях суды применяли Принципы УНИДРУА в редакции 1994 г., редакции Принципов 2004 и 2010 годов не были популяризированы в Украине и остались неизвестны украинским судам.

Интересными тенденциями является применение Принципов УНИДРУА — международного документа негосударственного характера, адресованного, в первую очередь, международным арбитражам для разрешения частноправовых споров между субъектами хозяйствования, относящихся к различным правовым системам, административными судами Украины при рассмотрении публично-правовых споров с фискальными органами, осложненных иностранным частноправовым элементом (в основном — о нарушении правил валютного регулирования при экспортно-импортных операциях) в качестве

обычаев *praeter legem* и применение Принципов хозяйственными судами по хозяйственным делам не осложненным иностранным элементом из договоров, не оговаривающих применение Принципов. Можно констатировать, что в практике хозяйственных судов превалирует понимание Принципов, как документа содержащего свод обычных норм права (применяемых в основном как обычаи *secundum legem*), обязательных к применению независимо от воли сторон не только в сфере международной торговли, но и шире — в самых разнообразных сферах делового оборота как такового. Чаще всего хозяйственные суды используют ст. 6.2.2. Принципов в связке со ст. 652 ГК Украины для обоснования наличия либо отсутствия затруднений в исполнении договора, как изменившихся обстоятельств, создающих основание для его изменения либо расторжения. Следует отметить случаи понимания под такого рода затруднениями мирового финансового кризиса, повлекшего падение курса национальной валюты Украины и цен на недвижимость. Вместе с тем, практика применения Принципов хозяйственными судами, при превалировании указанных выше тенденций, носит противоречивый характер. Кроме того, существует также тенденция к непризнанию как хозяйственными так и общими судами военного конфликта на Донбассе в качестве затруднения в исполнении договора кредита со стороны должника, и, соответственно, практика неприменения Принципов УНИДРУА по делам об изменении условий кредитования (впрочем, данная тенденция только намечается, т.к. решения судов первой инстанции приняты по этим делам только в конце августа — начале сентября 2015 г., соответственно — существует вероятность их обжалования и отмены либо изменения вышестоящими судами).

С другой стороны, отсутствует тенденция применения Принципов УНИДРУА как документа, дополняющего CISG: подобные случаи являются скорее исключением из правила, т.к. имели место всего в 3 судебных решениях по 2 делам, одно из которых рассматривалось хозяйственным судом [10], а другое — административным [40, 41]. Во всех случаях использовалась ст. 7.1.7. Принципов «Непреодолимая сила / Форс-мажор» в связке со ст. 79 CISG.

И, наконец, следует отметить признание общими судами законности принятия международными арбитражами решений на основании одних только Принципов УНИДРУА, без обращения к нормам национального права, что свидетельствует, по сути, о признании государственными судами Украины Принципов УНИДРУА в качестве составляющей *lex mercatoria* как автономного правопорядка, применение которого не противоречит публичному порядку Украины.

## РЕШЕНИЯ СУДОВ УКРАИНЫ, В КОТОРЫХ УПОМИНАЮТСЯ ПРИНЦИПЫ УНИДРУА

Юрисдикция	Количество судебных решений, в которых фигурируют Принципы	Суд не применил Принципы			Суд применил Принципы
		Прямой отказ суда применять Принципы		Стороны аргументировали требования/возражения ссылкой на Принципы, суд разрешил спор без обращения к положениям Принципов, на основании исключительно норм национального законодательства, вместе с тем — без прямого отказа применять Принципы	
		Т.к. спорные отношения не имеют международного характера	Т.к. стороны не оговорили возможность применения Пр-тов в Договоре		
<b>Администр.</b>					
Первая инстанция	4	-	-	-	4
Апелляционная инстанция	1	-	-	-	1
Кассационная инстанция	1	-	-	-	1
Пересмотр в ВСУ	-	-	-	-	
Всего в админ. юрисдикции	6 (по 4 делам)	-	-	-	6
<b>Гражданская</b>					
Первая инстанция	3		1	1	1
Апелляционная инстанция	-	-	-	-	-
Кассационная инстанция	1	-	-	-	1
Пересмотр в ВСУ	-	-	-	-	-
Всего в гражд. юрисдикции	4 (по 3 делам)	-	1	1	2
<b>Хозяйственная</b>					
Первая инстанция	1	1	1	4	9(2)1
Апелляционная инстанция	1	1	1	1	7(3)
Кассационная инстанция	4		1		3
Пересмотр в ВСУ					
Всего в хоз. юрисдикции	29 (по 22 делам)	2	3	5	19(5)
<b>ВСЕГО</b>	<b>39 (по 29 делам)</b>	<b>2</b>	<b>4</b>	<b>6</b>	<b>27(5)</b>

**ПРИМЕНЕНИЕ ПОЛОЖЕНИЙ ПРИНЦИПОВ УНИДРУА  
В НЕОТМЕНЕННЫХ РЕШЕНИЯХ СУДОВ УКРАИНЫ**

Номер и название статьи Принципов	Количество неотмененных решений		
	Хоз. суды	Общие суды (гражд. дела)	Админ. суды
1.7. Добросовестность и честная деловая практика	2		
2.1. Способ заключения договора	1		
4.1. Намерения сторон			2
4.3. Принимаемые во внимание обстоятельства			2
6.1.4. Порядок исполнения	1		
6.1.15. Процедура обращения за разрешением	1		
6.1.6. Место исполнения	1		
6.1.9. Валюта платежа			1
6.2.1. Соблюдение договорных обязательств	1		
6.2.2. Определение затруднений	10		
7.1.7. Непреодолимая сила / форс-мажор	1		1 + 22
7.4.2. Полная компенсация		2	

***Литература:***

1. Принципы международных коммерческих договоров: Пер. с англ. А.С. Комарова. — М.: Международный центр финансово-экономического развития. — 1996. — 328 с.
2. Bonell M.J. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG — alternatives or complementary instruments? / M.J. Bonell // Uniform Law Review. — 1996. — №26. — p. 26–39.
3. Tetley W. Mixed jurisdictions: common law is civil law (codified and uncoded). W. Tetley // Uniform Law Review. — 1999. — Vol. 3. — P. 591–619.
4. Смітюх А.В. Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та lex mercatoria в контексті міжнародного приватного права: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А.В. Смітюх. — Одеса., 2004. — 216 с.
5. Рішення Господарського суду Харківської області від 23.06.2009 р. у справі №53/113-09 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/4021158>



6. Рішення Господарського суду Харківської області від 22.07.2010 р. у справі №42/90–10(53/113–09) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10628178>
7. Постанова Харківського апеляційного господарського суду від 03.10.2009 р. у справі №53/113–09 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/6792405>
8. Постанова Харківського апеляційного господарського суду від 06.10.2010 р. у справі №42/90–10(53/113–09) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12329627>
9. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 10.07.2006 р. у справі 17/6–19/54 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1504019>
10. Постанова Вищого господарського суду України від 30.11.2010 р. у справі №42/90–10(53/113–09) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12693313>
11. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. №01–8/24 // Вісник господарського судочинства. — 2008. — №3. — С.45
12. Постанова Вищого господарського суду України від 04.03.2008 р. у справі №4/1060–26/181 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1454409>
13. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 24.05.2012 р. у справі №5011–18/3397–2012 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24391246>
14. Рішення Господарського суду міста Києва від 12.04.2012 р. у справі №5011–18/3397–2012 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/23656295>
15. Рішення Господарського суду міста Києва від 24.05.2012 р. у справі №5011–7/3803–2012 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24380348>
16. Рішення Господарського суду міста Києва від 13.03.2012 р. у справі №5011–18/1964–2012 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/28213804>
17. Рішення Господарського суду Харківської області від 23.03.2009 р. у справі №35/118–08 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/3254986>
18. Постанова Вищого господарського суду України від 24.11.2010 р. у справі №7/72 // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12553736>
19. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 02.07.2014 р. у справі 925/569/14 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39632964>
20. Рішення Господарського суду Полтавської області від 18.03.2010 р. у справі №25/37 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10137940>
21. Рішення Господарського суду Черкаської області від 25.11.2009 р. у справі №02/2625 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9338038>

22. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 02.02.2010 р. у справі 41/602 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8270123>
23. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 02.02.2010 р. у справі 41/601 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8270141>
24. Рішення Господарського суду Волинської області від 06.06.2012 р. у справі №5004/579/12 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24597933>
25. Рішення Господарського суду Донецької області від 02.09.2015 р. у справі №905/1176/15 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/49522486>
26. Рішення Господарського суду Донецької області від 25.08.2015 р. у справі №905/1299/15 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/49478526>
27. Рішення Господарського суду Донецької області від 25.08.2015 р. у справі №905/1177/15 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/49478522>
28. Постанова Одеського апеляційного господарського суду від 13.10.2011 р. у справі №24/17–2435–2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/18722845>
29. Рішення Господарського суду міста Києва від 20.08.2013 р. у справі №910/14263/13 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33143133>
30. Постанова Вищого господарського суду України від 16.04.2013 р. у справі №5023/4701/12 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30907741>
31. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 13.01.2014 р. у справі №910/21449/13 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36640755>
32. Рішення Господарського суду Запорізької області від 17.12.2014 р. у справі №908/4668/14 (провадження 14/125/14) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42207062>
33. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 16.06.2011 р. у справі №57/166–57/165 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/16486407>
34. Рішення Господарського суду міста Києва від 05.04.2011 р. у справі №57/166–57/165 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14926860>
35. Рішення Селидівського міського суду Донецької області від 09.02.2015 р. у справі №242/3660/14–ц (провадження №2/242/23/15) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42639592>
36. Рішення Печерського районного суду міста Києва від 16.09.2010 року у справі №2–54–1/10 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10877226>
37. Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 17.03.2015 року у справі №761/1871/15–ц (провадження №6/761/224/2015) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43484296>

38. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.07.2015 у справі №6-18462св15 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46872905>
39. Постанова Запорізького окружного адміністративного суду від 10.04.2012 р. у справі №0870/1262/12 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24208983>
40. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 16.08.2012 р. у справі №2а-9871/12/2670 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/25823693>
41. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 22.04.2013 р. К/9991/65312/12 у справі №2а-9871/12/2670 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31000994>
42. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 01.11.2013 р. у справі №826/14020/13-а [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/35434510>
43. Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 28.01.2014 р. у справі №826/14020/13-а // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37099697>
44. Постанова Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 21.06.2010 р. у справі №2-а-10084/09/0470 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/11510293>

## ПРИМЕНЕНИЕ ИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ В АРБИТРАЖЕ

(тезисы доклада)

**Крохмаль Владимир** (Украина)  
арбитр МКАС при ТПП Украины

В международном частном праве общим местом является положение, что стороны в международном контракте, подчинив его определённым праву, оказываются связанными императивными нормами избранного ими права. Императивные нормы, принадлежащие иной правовой системе — к контрактным отношениям неприменимы.

Вместе с тем из данного правила есть ряд важных исключений. Например, если бы иностранный экспортёр и, скажем, иранский импортёр избрали бы иранское право в качестве права, регулирующего их контракт, с целью обойти торговое эмбарго, установленное Советом безопасности ООН, очевидно, что такой их контракт до недавнего времени нигде не мог бы получить судебной защиты. Так происходит потому, что наряду с принципом автономии сторон, любая правовая система содержит императивные нормы, применение которых стороны не могут исключить.

Вероятно, именно это имели в виду авторы комментария к украинскому Закону о международном частном праве (ст. 14), называя их «сверхимперативными» нормами. В англоязычной литературе они известны как — “*internationally mandatory rules of law*”, у франкоязычных авторов — “*lois d’application immédiate*” и т.д. Словом, речь идёт о целом агрегате норм различного назначения и способа действия, которые претендуют на относительную автономию друг от друга и от общего права. Возможность обсудить подобного рода вопросы на протяжении ряда лет предоставляет серия семинаров, проводимых на более или менее регулярной основе *the German Institute of Arbitration (DIS)* совместно с *the Belgian Centre for Arbitration and Mediation (CEPANI)*, материалы которых широко используются в настоящем докладе.

Начнём с того, что «сверхимперативные» нормы вряд ли могут быть классифицированы в простой и окончательной форме. Для того чтобы представить их охват, воспользуемся двумя критериями, связанными, во-первых, с их назначением (нормативными целями) и, во-вторых, с их источниками.

Согласно первому критерию их можно разделить на:

- нормы, нацеленные на защиту публичного порядка (интересов), в т.ч. экспортно-импортные ограничения, торговые эмбарго; антимонопольное законодательство; законодательство по борьбе с коррупцией; законодательство в области валютного регулирования; законодательства по сохранению культурного наследия и связанные с этим ограничения на вывоз культурных ценностей; законодательство по охране окружающей среды и запрет торговли охраняемыми видами растений и животных.

- нормы, защищающие слабую сторону в сделке, в т.ч. законодательство по защите потребителей; и в области охраны труда (случаи, чаще встречающиеся в судебной, нежели арбитражной практике); а также нормы по защите инвестиций, включая законодательные гарантии для инвесторов при валютно-обменных операциях; защите страхователей; защите исключительного дилерства от необоснованных ограничений в распространении товаров; наконец, законодательство, регулирующее ответственность перевозчиков (вероятно, это далеко не исчерпывающие перечени).

По источникам:

- нормы национального права, ближайшими примерами которых является обширное законодательство в перечисленных выше областях.
- международно-правовые нормы, включающие в себя договорные нормы (такие как Статьи соглашения Международного Валютного Фонда или Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 года)<sup>194</sup>, а также акты международных организаций, среди которых особо отметим резолюции Совета безопасности ООН.
- право интеграционных объединений — например, Договор, учреждающий Европейское Сообщество 1957 года или директивы Европейской комиссии<sup>195</sup>.
- и наконец, *lex mercatoria* — правовая система, действительность которой широко оспаривается.

Напомню, что речь идёт об императивных нормах, не относящихся к праву, регулирующему контракт. Ясно, что арбитрам всегда непросто определить, подлежат ли они применению вопреки соглашению сторон. Если очень кратко суммировать известную в арбитражной практике аргументацию, то речь идёт о следующем:

— Национальные суды применяют императивные нормы в силу коллизионных привязок, отсылающих судью к *lex fori*. Это, например, предписывает делать украинским судьям ст. 14 Закона о международном частном праве. Более подробно это правило изложено в Своде законов США о коллизионном праве, который

---

<sup>194</sup> См., например, Статью VIII, разд. 2 b (1) Соглашения Международного Валютного Фонда: «Исполнение валютных контрактов с использованием валюты любого государства-члена, которые идут вразрез с правилами валютных операций такого государства-члена, сохраняемым или вводимым согласно настоящему Соглашению, не может быть обеспечено на территориях ни одного государства-члена. Кроме того, государства-члены по взаимному согласию могут сотрудничать в применении мер, направленных на повышение действенности правил валютных операций любого из них, при условии, что такие меры и правила не противоречат настоящему Соглашению»; или Ст. 7 Конвенции ООН о морской перевозке грузов 1978 года: «Возражения ответчика и пределы ответственности, предусмотренные в настоящей Конвенции, применяются при любом иске к перевозчику по поводу утраты или повреждения груза, на который распространяется договор морской перевозки, равно как и по поводу задержки в сдаче независимо от того, основан этот иск на договоре, деликте или ином правоосновании».

<sup>195</sup> Ст. 81 консолидированного текста Договора с изменениями от 16 апреля 2003 г. гласит: «Запрещаются, как несовместимые с общим рынком: любые соглашения между предприятиями, решения, принятые объединениями предприятий, и картельная практика — которые могут воздействовать на торговлю между государствами-членами и которые имеют своей целью или результатом предотвращение, ограничение или нарушение конкуренции внутри общего рынка...».

признает, что: «могут применяться императивные нормы права государства, которое при определении того или иного вопроса имеет наиболее выраженный интерес, нежели государство, избранное [сторонами], и которое в силу коллизионной привязки о праве суда [*forum's choice of law rule*] является государством, чье право должно применяться в отсутствие действительной оговорки [сторон] о выборе права».<sup>196</sup>

Вместе с тем преобладающая интерпретация ст. 28 Типового закона ЮНСИ-ТРАЛ о международном торговом арбитраже признаёт, что международные арбитражи, в отличие от национальных судов, не обязаны применять коллизионное право страны местонахождения арбитража при отсутствии соответствующих указаний сторон.<sup>197</sup> В анналах арбитражной практики отмечены случаи, когда арбитражи отказывались применять императивные нормы на том основании, что для арбитража нет *lex fori*.<sup>198</sup> С другой стороны ясно, что в них не следует видеть прецедент, хотя бы потому, что это дает повод для отказа в исполнении арбитражного решения судами.

— В арбитражной практике и в литературе известна также аргументация, утверждающая, что арбитраж не должен выходить за рамки оговорки о выборе права. Во всей полноте она была изложена, например, перед Верховным судом США в известном деле *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* Так, правительство США, привлечённое в качестве *amicus curiae* настаивало на том, что: « [ ... ] существует возможность, что [положения, подчиняющие соглашение швейцарскому праву] будут прочитаны арбитражным судом таким образом, что [ ... ] американское право вообще должно быть устранено из рассмотрения, хотя в ином в случае оно подлежало бы применению». Международная торговая палата, выступая в том же процессуальном качестве, возражала этому, и указывала, в частности, что в её собственной практике лишь в незначительном числе дел арбитры отказывались применять императивные нормы, не предусмотренные оговоркой сторон. Верховный суд высказался по этому вопросу следующим образом: « [ ... ] отмечаем, что в случае, если клаузулы о выборе форума и права будут применены в тандеме и таким образом, что в перспективе это лишит сторону ее права прибегнуть к законным средствам защиты при нарушении антимонопольного законодательства (*prospective waiver*), мы без всякого колебания объявим такое соглашение, противоречащим публичной политике»<sup>199</sup>.

— Справедлива и та точка зрения, что между требованием о применении императивных норм и принципом автономии сторон в действительности нет противоречия. Стороны могут свободно определять широкий, но всё-таки

---

<sup>196</sup> Restatement of the Law Second, Sec. 187, 2(b)

<sup>197</sup> Ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 г.) с изменениями, принятыми в 2006 г.: «При отсутствии какого-либо указания сторон [на применимое право] арбитражный суд применяет право, установленное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми».

<sup>198</sup> ICC Award Case №6773, 1992

<sup>199</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985)



ограниченный, круг вопросов. В него, безусловно, не входят такие вопросы как их собственная правоспособность, права третьих лиц (например, при переуступке долга) и т. п. Соответственно, автономия сторон в контракте не исключает применение норм, не принадлежащих праву, которому они подчиняют контракт, если их применения допустимо с точки зрения избранного права.

— Более сложный случай — когда стороны своим соглашением прямо предписывают арбитрам избегать применения любого другого права, нежели то, которое стороны избрали сами. Подобная оговорка вызывает многие теоретические и практические трудности. Тем не менее, она также преодолевается следующими рассуждениями. Обязательную силу соглашениям сторон придает правопорядок, как правило, национальный (хотя, по мнению других авторов, он может иметь своим источником и *lex mercatoria*), который и определяет, вправе ли стороны заключать те или иные соглашения и насколько действительно их содержание. А следовательно, именно на него должны ориентироваться арбитры, даже если при этом им приходится отклониться от права, выбранного сторонами.

По-видимому, такая «ограничительная» аргументация лежит в основе статьи 7 («Императивные нормы») Конвенции о праве, применимом к контрактным обязательствам (Рим, 19 июня 1980 года), которая признает, что:

«1) При применении права страны в соответствии с настоящей Конвенцией, могут быть применены императивные нормы права другой страны, с которой ситуация тесно связана, если и постольку, поскольку в соответствии с правом последней страны, эти нормы должны применяться, каким бы ни было право, применимое к контракту. При рассмотрении вопроса о применении этих императивных норм, должны учитываться их сущность и цель, а также последствия их применения или не применения».

Из области т. н. «мягкого права» в этом смысле можно упомянуть — «Проект рекомендаций о праве, применимом к международным контрактам» (подготовлен Комиссией по праву коммерческой практике МТП, 1980 г.); «Резолюцию Института международного права о праве, регулирующем контракт между государством и иностранным частным лицом», 1979 г.; «Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по разработке международных контрактов на строительные и промышленные работы».

Наконец, применение императивных норм может основываться на международной вежливости. Объяснение этих случаев лежит в плоскости правовой политики государств и, пожалуй, это все, что я хотел бы сказать о них в настоящем докладе.

Так или иначе, арбитры, решая вопрос о применимом праве, вынуждены выбирать между упомянутыми альтернативами.

Арбитры МКАС при ТПП Украины, (насколько можно судить, читая сборник «Практика МКАС при ТПП Украины», под ред. светлой памяти проф. Побирченко) при отсутствии оговорки о применимом праве обычно обращались к коллизионным привязкам, предусмотренным в украинском законодатель-

стве. Во всех случаях, когда такая оговорка присутствовала, не удается найти примера, чтобы киевский арбитраж отклонялся от указания сторон о применимом праве. В одном случае он определил применимое право на основе принципа *lex arbitri*.

Более разнообразный материал можно найти в публикациях Международной торговой палаты («Collection of ICC Arbitral Awards», под ред. бывшего Генерального секретаря суда Палаты Yves Derains). В целом он может быть разделен на следующие группы:

1. *Дела, в которых арбитраж применял императивные нормы, принадлежащие праву, которому стороны подчинили спор:*

- ICC case №1399 of 1966: контракт регулировался французским правом; настоящей целью сделки являлась контрабанда товаров в Мексику; арбитраж попросту заявил, что французское право не считает обход мексиканских законов нарушением общественной морали и оставил сделку в силе;
- ICC case №1512 of 1971: пакистанский банк выпустил гарантию в пользу индийского предприятия; гарантия подчинялась индийскому праву; впоследствии, в ходе войны между этими странами правительство Пакистана установило запрет на любые платежи в пользу индийских субъектов; единоличный арбитр, рассматривавший это дело в Женеве, счел этот запрет неприменимым; интересно также, что данное арбитражное решение было затем принудительно исполнено в Великобритании, где пакистанский банк имел счёта;
- ICC case №3913 of 1981: британская компания оказывала помощь французскому предприятию в продвижении на африканские рынки; их контракт регулировался французским правом; расходы компании включали суммы, использовавшиеся для подкупа гражданских служащих; контракт был признан ничтожным по французскому праву в силу соображений общественной морали;
- ICC case №4145 of 1983: речь вновь идёт о деле, связанном с коррупцией; к существу спора применялось швейцарское право; арбитраж признал, что по швейцарским законам подкуп иностранного правительства противоречит общественной морали;
- ICC case №4604 of 1984: арбитраж, заседавший в Женеве, рассматривал спор, связанный с контрактом, который стороны подчинили итальянскому праву; арбитраж нашел, что контракт противоречил антимонопольным положениям уже упоминавшегося Договора ЕЭС 1957 года, который, в свою очередь, рассматривался арбитражем как часть итальянского права; на этом основании контракт был признан недействительным;
- ICC case №5622 of 1988: арбитраж, заседавший в Женеве, признал недействительным контракт, подчиненный сторонами швейцарскому праву, вновь из-за «коррупционной составляющей»; в данном случае арбитраж указал, что сделал это по соображениям «публичной политики»;

- ICC case №6379 of 1999: место проведения арбитража — Кёльн; предметом спора стали обязательства по контракту, заключённому между итальянским производителем и бельгийским дистрибьютором; стороны починили контракт итальянскому праву; арбитраж счёл, что бельгийский закон, предусматривающий выплату компенсаций дистрибьютору, неприменим;

*2. Дела, в которых арбитраж принимал во внимание императивные нормы, не являющиеся правом контракта:*

- ICC case №1859 of 1973: в своем решении арбитраж сделал ссылку на ограничения импорта в Ливан, установленные законодательством этой страны, хотя контракт не регулировался ливанским правом;
- ICC case №2136 of 1974: арбитраж, анализируя последствия не признания в Испании контракта между немецким лицензиаром и испанским лицензиатом, заключённого по немецкому праву, принимал во внимание соответствующее испанское законодательство;
- ICC case №2216 of 1974: власти страны покупателя отказали тому в выдаче валютной лицензии, что привело к нарушению им обязательств перед продавцом; контракт регулировался правом страны продавца; арбитраж счёл отказ в выдаче лицензии обстоятельством непреодолимой силы;
- ICC case №2478 of 1974: отмена властями Румынии экспортной лицензии у румынского поставщика недвусмысленно была расценена арбитражем как обстоятельство непреодолимой силы и на уровне общего принципа права и на уровне специальных положений контракта; контракт подчинялся французскому праву;

*3. Дела, в которых арбитраж прямо применял императивные нормы, не являющиеся правом контракта:*

- ICC case №2811 of 1978: заседавший в Швейцарии арбитраж рассматривал вопрос о действительности контракта между французским производителем и итальянским дистрибьютором с точки зрения его соответствия антимонопольному законодательству ЕС;
- ICC case №3916 of 1982: греческая компания заключила агентский договор с иранским гражданином, который лоббировал её интересы перед иранскими властями; агент потребовал комиссионные; единоличный арбитр (место проведения арбитража — Париж) объявил контракт ничтожным ввиду его аморальности; при этом арбитр «кумулятивно» применил иранское и французское право (право контракта);
- ICC case №4132 of 1983: соглашение между корейским производителем и итальянским поставщиком о передаче ноу-хау в первую очередь рассматривалось заседавшим в Нидерландах арбитражем на предмет соответствия антимонопольному законодательству ЕС; и только убедившись в отсутствии его нарушений, арбитраж приступил к изучению контракта с точки зрения корейского права, регулировавшего контракт;
- ICC case №6294 of 1991: заседавший в Швейцарии арбитраж рассматривал строительный контракт между немецким генеральным подрядчиком

и венгерским субподрядчиком; контракт был подчинён швейцарскому праву; место исполнения контракта — Германия; генеральный подрядчик требовал признания контракта недействительным на том основании, что субподрядчик не получил от немецких властей необходимое по немецким же законам разрешение на проведение строительных работ; арбитраж признал, что немецкое право может быть применимо к данному случаю на основании швейцарского Закона о международном частном праве; он также признал, что Германия имеет законные интересы по защите своего рынка труда; тем не менее, заявил, что при данных обстоятельствах признание контракта недействительным давало бы необоснованные преимущества немецкому генеральному подрядчику, который уже получил значительную выгоду от исполнения большей части работ и лишь стремился избавиться от контракта; этот свой вывод арбитраж всецело основал на принципе *№emo venire contra factum proprium* (эстоппель, согласно которому сторона утрачивает право ссылаться на свое поведение, если оно противоречит тому, как сторона вела себя ранее, и это предыдущее поведение давало повод другой стороне полагаться на него), принадлежащем *lex mercatoria*;

- ICC case №6320 of 1991: арбитраж, заседавший в Париже, рассматривал иск бразильской компании к строительному подрядчику из США о выплате последним в кратном размере ущерба нанесённого коррупционными действиями, направленными на получение контракта; истец ссылался на антикоррупционное законодательство США, т.н. Закон US-RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act); контракт был подчинён сторонами бразильскому праву; арбитраж отказал в применении этого закона, но сделал это только по той причине, что счел сферу его применения необоснованно широкой, никаких других препятствий в его применении арбитраж не видел.

Как видим, арбитражная практика в вопросах применения императивных норм довольно разнообразна, она отражает сложность и противоречивость проблем, стоящих перед доктриной.

Но вряд ли можно оспаривать, что современная доктрина признает принцип транснационального публичного порядка. В этом плане показателен комментарий к статье 7 уже цитировавшейся здесь Римской конвенции 1980 года:

*«Статья недвусмысленно выражает международную солидарность. Государства должны помогать друг другу в осуществлении соответствующей государственной политики. Арбитры должны вносить свой вклад в поддержании такой солидарности, применяя императивные положения, которые приняты государством, имеющим наиболее тесную связь с контрактом, если их применение обоснованно и справедливо»<sup>200</sup>.*

Этими словами я бы хотел закончить свой доклад. Спасибо за внимание.

---

<sup>200</sup> Цит. по: Lando, Ole, *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, in: Sarcevic (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston, London 1991, c. 129 et seq.

## **СПІВВІДНОШЕННЯ ДИСПОЗИТИВНИХ ТА ІМПЕРАТИВНИХ НОРМ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ ПРАВІ З УРАХУВАННЯМ ВІДЕНСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ 1980 РОКУ**

*Олег Подцерковний (Україна)*

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України,  
завідувач кафедри господарського права і процесу (Національний університет  
«Одеська юридична академія»), арбітр МКАС при ТПП України*

Розвиток правовідносин завжди відбувається у діалектичній взаємодії підходів до особистої свободи та її обмежень. Не випадково, в теоретичній юриспруденції право розуміється «як виправдана свобода поведінки» [1]. Дж. Локк зазначав, що нашою свободою ми зобов'язані обмеженням свободи, «бо хто б міг бути вільним, якби будь-яка інша людина за своєю примхою могла б його тиранити?» [2]. У цьому дусі О. Хеффе зауважував про те, що всезагальної, повної свободи не існує, має місце взаємна відмова від свободи, обмін свободи на гарантію захищеності свободи, а відмова від свободи нагороджується правом на свободу. Внаслідок цього неминуче обмеження свободи йде на користь кожному [3]. Отже, значення обмеження свободи людської поведінки важко переоцінити. Але, не дивлячись на розвинутість теоретичних положень щодо обмеження свободи як правової категорії, критерії кваліфікації диспозитивної чи імперативної норми, які відображають нормативну форму ставлення держави до свободи поведінки суб'єктів, на жаль, ще далекі від остаточного вирішення.

У міжнародних комерційних правовідносинах імперативні норми національного та міжнародного права слугують важелем обмеження волевиявлення сторін договорів. Питання лише у тому, як кваліфікувати імперативну норму для застосування у цих відносинах.

Значення імперативної норми у зовнішньоекономічній діяльності перестало бути суто теоретичним, передусім, завдяки прямому застосуванню у законодавстві, коли, зокрема, Закон України «Про міжнародне приватне право» заборонив відступлення від «імперативних положень національного законодавства» та запровадив певні вимоги щодо узгодження із встановленими в інших державах «імперативними нормами». У статті 14 Закону закріплено: «Правила цього Закону не обмежують дії імперативних норм права України, що регулюють відповідні відносини, незалежно від права, яке підлягає застосуванню. Суд, незалежно від права, що підлягає застосуванню відповідно до цього Закону, може застосовувати імперативні норми права іншої держави, які мають тісний зв'язок з відповідними правовідносинами, за винятком, встановленим частиною першою цієї статті. При цьому суд повинен брати до уваги призначення та характер таких норм, а також наслідки їх застосування або незастосування».

Звертає на себе увагу, що законодавець у цьому разі вживає конструкцію «суд може застосовувати» стосовно імперативних норм іноземного права на

протизагу положеням «правила цього Закону не обмежують дії імперативних норм права України» (фактично щодо вибору сторонами іноземного права чи диспозитивного врегулювання — прим. О.П) Отже йдеться про те, що застосування імперативних норм іноземного права є правом суду (арбітражу), що вирішує міжнародний комерційний спір, а застосування імперативних норм права України за загальним правилом є безальтернативним.

В окремих випадках імперативні норми іноземного права визнаються переважними перед імперативними нормами національного права. Зокрема, у ст. 45 Закону «Про міжнародне приватне право» наводяться обставини, коли «вибір права сторонами договорів споживання не може обмежити захист прав споживача, який надається йому імперативними нормами права держави, у якій є його місце проживання, перебування або місцезнаходження».

У контексті комерційних відносин останнє, на перший погляд, не має особливого значення, враховуючи те, що Закон України «Про міжнародне приватне право» під договорами споживання розуміє ті з них, що передбачають «придбання товарів та одержання послуг особою (споживачем) не для цілей підприємницької діяльності» (ст. 45).

Але проблема ускладнюється тим, що Віденська конвенція ООН 1980 р. про договори міжнародної купівлі–продажу товарів (далі — Віденська конвенція 1980 р., Конвенція) згідно з ст. 2 «не застосовується до продажу: товарів, придбаних для особистого, сімейного чи домашнього використання, крім випадків, коли продавець у будь–який час до чи в момент укладення договору не знав і не міг знати, що товари придбані для такого використання». Отже, Конвенція ґрунтується на критеріях двостороннього розуміння сторонами договору мети правочину за загальними намірами комерційного продажу. Це передбачає, що кваліфікація комерційних договірних відносин презумується для випадку, коли споживча мета придбання знаходиться поза усвідомленням комерсанта — продавця товару.

Тут можна спостерігати різницю у підході до визначення мети комерційного правочину. Згідно з Конвенцією чітко обмежуються види відносин, у яких не застосовується інститут міжнародної купівлі–продажу (особисте, сімейне чи домашнє використання, продаж з аукціону; у порядку виконавчого провадження чи іншим чином згідно із законом; продаж фондових паперів, акцій, забезпечувальних паперів, оборотних документів та грошей; суден водного й повітряного транспорту, а також суден на повітряній подушці; електроенергії). На протизагу цьому Закон «Про міжнародне приватне право» досить спрощено узагальнює споживчі відносини із будь–якими, які здійснюються «не для цілей підприємницької діяльності». Двостороннього усвідомлення сторонами договору цього факту Закон не вимагає. Але продавець при укладанні угоди не завжди може визначити, для якої мети зроблене придбання іншою стороною, наприклад, автівки, побутової техніки, електроніки тощо.

Отже, Закон України ускладнює вирішення питання про застосоване право в угодах із «споживчим» елементом.



Як видається, тлумачення ст. 45 Закону України «Про міжнародне приватне право» необхідно здійснювати із урахуванням підходу Віденської конвенції 1980 р., який є більш точним, забезпечує стабільність економічних відносин та враховує специфіку комерційних продажів, коли презумується добросовісність комерсанта у разі, коли інша сторона не вжила заходів для доведення до іншої сторони «споживчих цілей» власного придбання товарів, але розраховує на застосування імперативних норм.

На жаль, поняття імперативної норми не співвіднесено чітко у зовнішньоекономічному законодавстві України із обов'язковими положеннями, які забезпечують публічний порядок у державі.

У Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (ст. 6) застосовано вельми широкий підхід про те, що «зовнішньоекономічний договір (контракт) може бути визнано недійсним у судовому порядку, якщо він не відповідає вимогам законів України або міжнародних договорів України» (виділено — О.П.). У разі буквального тлумачення цієї норми виникає потреба підпорядкування будь-яких зовнішньоекономічних договорів будь-яким імперативним нормам права України.

Але такий буквальний підхід небезпечний у силу суперечності природі міжнародного комерційного обігу, оснований на балансі різних правопорядків, кожен із яких переважно ґрунтується на різних обов'язкових вимогах до договірних стосунків. Надання законами окремої країни суцільної переваги власному правопорядку означало б спотворення цього балансу, заперечення права сторін визначити обов'язкові вимоги до договірних стосунків. Держава, що застосовувала б такий закон, поставила б власних резидентів у несприятливе становище, позаяк комерсанти із інших країн були б менш не зацікавленими у договірних стосунках із ними.

Очевидно, що закони України можуть вести мову про недійсність правочину у силу порушення лише надімперативних норм, тобто норм, що не просто є обов'язковими, а мають принципове значення для правопорядку держави, право якої застосовується судом, у тому числі підлягають врахуванню у силу їх дії у місці оспорювання, визнання й приведення до виконання рішення суду чи арбітражу, і точно не є диспозитивними нормами.

Саме цей висновок можна зробити з урахуванням підстав скасування, визнання та приведення у виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Нью-Йоркської конвенції ООН 1958 року про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року (Нью-Йоркська конвенція). Йдеться про порушення публічного порядку як підставу оскарження та відмови у визнанні й приведенні у виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу. Як зазначив Верховний Суд України у постанові Пленуму «Про практику розгляду судами клопотань про визнання та виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, винесених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» 1999 року,

під публічним порядком «слід розуміти правопорядок держави, що визначає принципи та засади, які є основою існуючого в ньому ладу (стосуються його незалежності, цілісності, самостійності та недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій і т. д.)».

Тому зміст імперативної норми у міжнародному приватному праві (МПП) потребує обмежувального тлумачення. Відповідно, не можна кожного разу, коли зовнішньоекономічний договір по-іншому врегульовує певні питання, ніж це передбачено у вітчизняному праву, ставити питання про його недійсність, позаяк недійсність у внутрішньому праві передбачає невідповідність будь-якій національній імперативній нормі, а у міжнародному приватному праві — лише винятковим імперативним нормам, що мають принципове значення для публічного порядку у державі.

Наприклад, навряд чи можна визнавати надімперативною для цілей МПП норму статті 259 ЦК України, що передбачає заборону на скорочення позовної давності, встановленої у законі, позаяк правопорядки інших держав (ст. 2–275 Уніфікованого комерційного кодексу США, §202 ЦК Німеччини), не передбачають відповідних обмежень.

Тут можемо спостерігати кілька правових феноменів, зокрема враховувати, що акти міжнародного комерційного регулювання, не дивлячись на свою, почасти, перевагу над національними законами, зазвичай є диспозитивним за своєю природою.

Зокрема, Віденська конвенція 1980 р. у ст. 6 передбачає, що сторони контракту можуть відступити від будь-якого з положень Конвенції а бо змінювати його, за виключенням правил ст. 12, що регламентують форму правочину.

Диспозитивність Конвенції проявляється і в тому, що сфера її застосування може бути обмежена використанням державою–учасницею заяв і застережень, чим і скористалися під час її ратифікації Аргентина, Данія, Китай, Норвегія, США, Угорщина, Україна, Фінляндія, Швеція. Згідно з одним із застережень України для угод, укладених суб'єктами підприємницької діяльності з місцезнаходженням в Україні, обов'язковою є письмова форма незалежно від місця виконання цих угод. Письмовою формою у розумінні цієї Конвенції, крім іншого, є також повідомлення телеграфом і телетайпом. Для держав, які не зробили такого застереження, чинною є ст. 11 Конвенції, яка допускає як усну, так і письмову форму укладення або підтвердження договору, а також використання будь-яких засобів, у т. ч. і показань свідків для доведення факту укладання договору купівлі–продажу. При цьому, застереження України про письмову форму правочину застосовується, навіть якщо сторони вибрали застосовним правом право іншої держави, яка, проте, не зробила застереження до Конвенції 1980 р. про форму угоди і відповідно діє ст. 11 Конвенції. Адже згідно з ч. 3 ст. 31 Закону «Про міжнародне приватне право» «зовнішньоекономічний договір, якщо хоча б однією стороною є громадянин України або юридична особа України, укладається у письмовій формі незалежно від місця його укладення, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України».

Отже, письмова форма правочину є першою надімперативною нормою у контексті Віденської конвенції 1980 р. та вітчизняного комерційного правопорядку.

Проблема визначення інших надімперативних норм для цілей МПП ускладнюється тим, що у національній науці та практиці досі відсутня єдність у питаннях відмежування імперативної норми від диспозитивної.

Зокрема, можна зустріти рішення судів, у яких імперативними нормами іменувалися ті з них, які насправді є диспозитивними нормами. Зокрема, у деяких рішеннях Вищого господарського суду України імперативною нормою визнається положення ч. 6 ст. 232 ГК України про граничний термін нарахування штрафних санкцій, хоча у тексті ГК прямо закріплено застереження «якщо інше не передбачено законом чи договором» [4], що є типовою характеристикою саме диспозитивної норми.

Цивільний кодекс України, попри своє призначення як основного акту цивільного законодавства, на жаль, не лише не вніс ясність у співвідношення імперативної та диспозитивної норми, але й утворив нову проблему для норм договірної права, закріпивши в абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК положення про те, що «сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд». Автори коментарю до ЦК назвали це конкуренцією між правом «використати норми акта цивільного законодавства для регламентації своїх стосунків або встановити для себе у договорі правила поведінки на власний розсуд» [5, с. 112]. Окремі дослідники цивілістичного напрямку, зокрема М.М. Сібільов, виходячи із положень ст. 6 ЦК наполягли на необхідності виділення абсолютно-імперативних та відносно-імперативних норм приватного права [6, с. 59].

Остання позиція зазнала пристосування для потреб МПП: «Проекція теорії «надімперативних» норм на ст. 6 ЦК дасть змогу визначити, що до них можуть бути віднесені норми, від змісту яких сторони не можуть відступити ні за яких обставин, тобто норми, на які не поширюється право на відступлення, передбачене ч. 3 ст. 6 ЦК». Такі норми визначено абсолютно імперативними, на противагу яким виокремлене поняття відносно імперативних норм, «тобто положень, які вважаються обов'язковими, доки сторони не застосували щодо них своє право на відступлення, передбачене ч. 3 ст. 6 ЦК» [7, с. 129]. Як видно, у цьому разі надімперативний характер правових положень пов'язується із наявністю певних структурних елементів норми приватного права, а не із її спрямуванням (метою).

Як видається, така структурна поширювальна кваліфікація надімперативної норми права, коли проблема імперативності норми (обов'язковості) поглинає проблему надімперативності, містить велику небезпеку для міжнародних комерційних відносин. Це руйнує стабільність та передбачуваність договірних відносин у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

Щонайменше виникає логічна суперечність — якщо в положеннях ч. 3 ст. 6 ЦК абсолютно-імперативні норми відокремлюються від відносно-імператив-

них (що само по собі є спірним), то це зовсім не означає, що імперативні норми не можуть мати різну ступень обов'язковості для національного та міжнародного економічного обігу.

Не можна забувати про існуючий скептицизм фахівців щодо загалом позитивності підходу ч. 3 ст. 6 ЦК до «відступлення від норми права» у договорі. Зокрема, відзначається, що «це положення надзвичайно ускладнює правозастосування та вирішення цивільно-правових справ у судах» [8].

З огляду на вищевикладене, важливе значення має узагальнююча позиція Вищого господарського суду України (далі — ВГСУ), висловлена у п. 37 інформаційного листа від 07.04.2008 №01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України».

З приводу застосування ст. 6 ЦКУ ВГСУ вказав наступне: «Абзац перший частини третьої статті 6 ЦК України, згідно з яким сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, слід застосовувати разом із абзацом другим, де сказано, що сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Таким чином, сторони не можуть врегулювати свої відносини на власний розсуд не тільки тоді, коли в нормі сказано «сторони в договорі не можуть відступити від положень...», а й тоді, коли обов'язковість для сторін положень певної норми впливає з її змісту — тобто тоді, коли зі змісту норми можна зробити висновок, що норма є імперативною. Зокрема, якщо законом встановлені істотні умови договору, то недосягнення згоди з усіх істотних умов означає, що права та обов'язки за договором не виникли, оскільки договір є неукладеним в силу імперативної вказівки закону (частини першої статті 638 ЦК України). На думку ВГСУ, якщо ж навпаки, в нормі сказано «якщо інше не встановлено договором», то це вказує на те, що норма не є імперативною, і сторони в договорі можуть відступити від її положень і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Часто в нормі не сказано прямо ні «сторони в договорі не можуть відступити від положень...», ні «якщо інше не встановлено договором», та не містяться подібні вирази. Питання про те, чи є така норма імперативною або диспозитивною, слід вирішувати шляхом аналізу змісту цієї норми в кожному окремому випадку. Далі ВГСУ зазначив, що «зміст частини третьої статті 6 ЦК України полягає у законодавчому закріпленні співвідношення між диспозитивними та імперативними нормами: імперативна норма встановлює правила, які не можуть бути змінені сторонами в договорі, а диспозитивна норма дозволяє таку зміну. До набрання чинності ЦК України це співвідношення відображалось лише у теорії права».

Як видається, значення ст. 6 ЦК для зміни традиційного розуміння співвідношення імперативної чи диспозитивної норми явно перебільшена.

По-перше, тлумачення імперативної норми як такої, що передбачає пряму заборону на її зміну у договорі, не впливає власно з тексту ст. 6 ЦК. Йдеться

про те, що безумовна імперативність норми права виникає не лише у випадку, коли заборону зміни певних правил у договорі передбачає сама норма права, але й випадки, коли обов'язковість положень законодавства впливає «з їхнього змісту або із суті відносин сторін». Тут йдеться про загальноприйнятий підхід до обов'язкового характеру норми права. Якщо говорити про «зміст закону», то обов'язковість нормативно-правових положень є їх природнім станом, крім випадків, коли у самій нормі є певні елементи, які вказують на інше. Зазвичай, це вказівки типу «якщо інше не передбачено в договорі», «сторони вправі визначити» тощо. Без подібних застережень імператив виникає саме зі «змісту норми».

По-друге, пошук обов'язковості норм цивільного права позбавлений не тільки теоретичного обґрунтування, але й не пристосований до практичної реалізації. Вирішення питання про те, який елемент в змісті норми права вказує на її обов'язковість, може слугувати предметом судового спору, але на стадії укладення договору виглядає настільки абстрактно, що неминуче провокує хаотичний відступ від встановлень актів цивільного законодавства.

Наприклад, ч. 4 ст. 1049 ЦК передбачає: «Позика вважається повернутою в момент передання позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками, або зарахування грошової суми, що позичалася, на його банківський рахунок». Виникає запитання: в цьому випадку договір може встановити інші положення, наприклад, коли позика вважається повернутою за дзвінком кредитора про повернення коштів? Пряму заборону на «власний розсуд сторін» норма ЦК не містить, але це, можна з впевненістю сказати, не дозволяє угледіти елемент «необов'язковості». Аналогічно сформульовано положення ч. 4 ст. 672, абз. 2 ч. 1 ст. 685, ч. 6 ст. 694, ч. 1 ст. 1021 ЦК, у інших незчисленних випадках.

По-третє, безрозсудно вимагати від законодавця кожного разу для підтвердження обов'язковості норми права прямо зазначати про це у законі. Це не відповідає загальноприйнятим прийомам формулювання нормативно-правових актів.

У силу публічного та обмежувального характеру самого права, будь-яка норма за своєю суттю та призначенням є виявом законодавчої влади на обмеження свободи, отже містить елемент обов'язковості за природою. У цьому контексті будь-яке правило діяти певним чином, якщо воно не містить «диспозитивний елемент», неодмінно має прочитання імперативного елемента: «зобов'язаний», «повинен», «має» тощо. У практичному сенсі презумпція обов'язковості призводить до того, що пряма вказівка адресату регулювання діяти певним чином без слів «зобов'язаний» тощо, за загальним правилом породжує елемент обов'язковості. Наприклад, слова «передає», «виконує», «вважається» наповнюються саме обов'язковим змістом, якщо немає певних «диспозитивних» елементів норми права.

Не випадково, фахівцями Центру комерційного права констатовано, що частина 3 ст. 6 ЦК «насправді не встановлює ніяких нових правил, яких слід було б дотримуватись», позаяк «імперативність чи диспозитивність норми не може залежати від суті відносин між сторонами, вона залежить від волевиявлення

законодавця та тлумачення норми, що формується як результат судової практики», «суть відносин сторін не може прийматись до уваги при застосуванні будь-якого способу тлумачення, від неї може лише залежати, чи підпадає та чи інша правова ситуація під гіпотезу норми (імперативність чи диспозитивність якої не залежить від суті відносин сторін). Далі, слова «якщо в цих актах прямо вказано про це» є зайвими, бо охоплюються посиланням на зміст актів. Нарешті, правило про те, що сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту, означає ні що інше, як вказівку на необхідність з'ясування питання про імперативність чи диспозитивність норми шляхом її тлумачення, бо діяльність по встановленню змісту правового акта для його практичної реалізації як раз і є тлумаченням» [9].

Ключове питання міжнародного комерційного (економічного) права у цьому контексті вбачається не у тому, чи можуть суб'єкти права відхилитися від імперативних норм (без сумніву — не можуть), а в тому, чи є яка норма імперативною для національного, з одного боку, та міжнародного, з іншого боку, економічного обігу.

Пошук елементу імперативності норми права у міжнародних комерційних відносинах перетворюється не просто на пошук «імперативного елементу» у взаємодії «диспозитивні норми — імперативні норми», коли виявляється елемент обов'язковості норми права, а на встановлення засадничого елементу імперативної норми права, що впливає на правопорядок у країні, право якої застосовується до контракту чи має враховуватися судом контракту у силу можливості оспорювання, визнання чи приведення до виконання рішення суду. Зокрема, вагомий критерій надімперативності, як видається, — нікчемність умови договору чи правочину. Адже нікчемними умовами визнаються у законі найбільш небезпечні для правопорядку випадки порушення обов'язкових приписів закону.

Надімперативними нормами, таким чином, не можуть визнаватися будь-які імперативні норми приватного права, адже тоді фактично ставиться під загрозу правомірність будь-якого відсилання до іноземного правопорядку у комерційному договорі, а вітчизняні суб'єкти права стають «комерційними персонами нон-грата», адже для їх іноземних партнерів виникає непередбачуваний ризик оспорювання, невизнання чи відмови виконання рішення суду чи арбітражу з підстав суперечності праву України.

Фактично маємо говорити про те, що сама категорія надімперативності підкреслює необхідність пошуку певного виняткового елементу у змісті імперативних норм для цілей зовнішньоекономічних договірних відносин.

Не випадково, Л. А. Лунц констатував, що відсилка колізійної норми до іноземного права, як правило, усуває застосування до цих правовідносин не лише диспозитивних, але й імперативних норм держави суду [10, с. 329].

Саме у цьому контексті під надімперативними нормами МПП слід розуміти «засіб матеріально-правового методу міжнародного приватного права, що спрямований на забезпечення особливо важливих інтересів держави, і тому



наділений здатністю застосовуватися всупереч колізійно-правовому методу та/або автономії волі сторін» [11, с. 237].

Називаючи надімперативними нормами лише ті із них, від яких сторони не можуть відступити, О. Печений на підставі пошуку «еластичного» елементу волевиявлення спробував заперечити визнання обов'язковими положень ст. 638 ЦК України, яке передбачає поняття істотних умов договору та наслідків недосягнення згоди сторін щодо цих умов [7, с. 134].

Із таким підходом погодитися не можна не лише тому, що категорія «еластичності не відома» сучасному закону й яких-небудь підстав для констатації не обов'язковості положень ст. 638 ЦК складно виявити у практичному сенсі, а, передусім, тому, що ці положення є основою договірною правопорядку, а тому є надімперативними.

Якщо б сторони могли б у договорі відмовитися від положень закону щодо істотних умов, навіть у силу припущення про наявність «елементу диспозитивності», то це означало б хаос у договірних відносинах як таких, адже сама така угода про відступ від положень закону в умовах «саморегулювання» щодо порядку укладання договору втрачала б властивість обов'язковості. Виникало б замкнуте коло неможливості встановлення факту укладання правочину, адже базою для такого укладання є саме поняття істотних умов. Фактично, публічний характер поняття істотних умов уможлиблює договірні відносини як такі, а тому є надімперативною нормою.

Як слушно зазначає Є.Д. Боярський, «надімперативні норми права держави суду повинні, та аналогічні норми будь-яких іноземних держав за умови наявності тісного зв'язку, можуть одержати застосування щодо приватно-правових відносин з іноземним елементом, превалюючи на нормами компетентної правової системи, визначеної на підставі колізійної норми».

Тут потрібно також враховувати, що надімперативні норми превалюються над нормами колізійного права, але не заперечують застосування імперативних норм, тісно пов'язаних із контрактом.

Таким чином, у міжнародних комерційних відносинах імперативні норми мають два рівня застосування:

1. Імперативні норми права, що застосовується до контракту (як звичайні, так і надімперативні).

2. Надімперативні норми іншого іноземного права, яке тісно пов'язане із контрактом, зокрема потребує врахування судом чи арбітражем у силу місця оспорювання, визнання та приведення до виконання рішення іноземного суду чи міжнародного арбітражу.

При цьому, у випадку застосування звичайних імперативних норм права України у силу колізійного права, можуть виникати проблеми визначення імперативності норми права у силу певних правових феноменів.

Зокрема, Віденська конвенція 1980 р., з одного боку, має диспозитивний характер для сторін у силу власних приписів, але вона сама превалює перед іншими актами цивільного та господарського законодавства України. Йдеть-

ся про те, що згідно з Законом України «Про міжнародні договори України» міжнародні договори мають пріоритетний характер по відношенню до законів України, у тому числі стосовно положень ЦК та ГК України про поставку та купівлю–продаж у міжнародних комерційних відносинах. Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору.

В якості прикладу можна звернути на пріоритет підходу Конвенції ООН 1980 р. у питанні тлумачення договору.

Згідно з статтею 213 ЦК при тлумаченні змісту правочинів береться до уваги однакове для всього змісту правочину значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів. Якщо буквальне значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів не дає можливості з'ясувати зміст окремих частин правочину, то їх зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину із змістом інших її частин, всім її змістом, намірами сторін. Якщо і за такими правилами немає можливості визначити дійсну волю особи, що зробила операцію, береться до уваги мета правочину, зміст попередніх переговорів, стала практика відносин між сторонами звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, які мають істотне значення. Як видно, ЦК виходить з пріоритетності буквального тлумачення умов правочину перед намірами сторін.

Втім, Віденська конвенція 1980 р. здебільшого звертає увагу на наміри або дії сторін. У ст. 8 встановлюється, що заяви чи інша поведінка сторони тлумачаться згідно з її наміром, якщо інша сторона знала або не могла не знати, який був цей намір. Якщо попередній пункт незастосовний, то заява чи інша поведінка сторони тлумачаться згідно з тим розумінням, яке мала б розумна особа, котра виступає в тій самій якості, що й інша сторона за аналогічних обставин. При визначенні наміру сторони чи розуміння, яке мала б розумна особа, необхідно враховувати всі відповідні обставини, включаючи переговори, будь-яку практику, яку сторони встановили у своїх відносинах, звичаї і будь-яку наступну поведінку сторін. Такий самий підхід застосовано й в Принципах міжнародних комерційних угод, розроблених ЮНІДРУА, про що звертається увага у літературі [12].

Але сторони договору купівлі продажу можуть відійти від положень Конвенції. Фактично це означають, що сторони можуть окремо прописати у договір порядок його тлумачення. Виникаюча у такий спосіб диспозитивність Віденської конвенції 1980 р. поєднується із її верховенством перед імперативними нормами національного права (крім надімперативних норм). Тому у разі застосування до міжнародного комерційного контракту права України сторони набувають права відійти від імперативних норм права України щодо купівлі продажу, пославшись на застосування диспозитивних засад Конвенції, але не можуть відійти від надімперативних норм, що визначають засади публічного порядку України.

Таким чином, застосування імперативних норм у міжнародних економічних відносинах потребує не лише визначення елементу публічного правопорядку країни (країн), право якої (яких) має тісний зв'язок із контрактом (у силу інституту надімперативності), але й вимагає кваліфікації імперативних норм права контракту у силу колізійного права на підставі чіткого відокремлення імперативних норм національного права від диспозитивних норм, які містять правила, що можуть бути змінені сторонам на власний розсуд.

### **Використані матеріали**

1. *Алексеев С.С.* Теория права. Изд. 2е, перераб. и доп. [текст] / С.С. Алексеев. — М.: Изд-во БЕК, 1995. — с. 124
2. *Локк Дж.* Сочинения в трех томах / Дж. Локк — Т. 3.— М.: Мысль, 1988. — с. 293
3. *Хеффе О.* Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / О.Хеффе — М.: Гнозис, 1994. — с. 207–209
4. Постанова ВГСУ від 19 квітня 2011 р. №12/183 // [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_3232146.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3232146.html)
5. *Харитонов Є.О.* До проблеми визначення змісту поняття «цивільне законодавство України» // Актуальні проблеми держави і права. Випуск 65. — 2012 р. — с. 107–115.
6. *Сібільов М.М.* Співвідношення актів цивільного законодавства і договору та базові моделі регулювання договірних відносин за чинним Цивільним кодексом України // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права — 2004. — №4 (12) — С. 56–61.
7. *Печений О.* Стаття 6 Цивільного кодексу України: спроба доктринального тлумачення // Вісник Академії правових наук України. — №2. — с. 120–135.
8. *Ярема А.Т., Карабань В.Я., Кривенко В.В., Ротань В.Г.* Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України. — Київ-Севастополь.: А.С.К, Інститут юридичних досліджень, 2004, т.1— с.92
9. *Попов Ю.Ю.* Критерії визначення імперативності чи диспозитивності норм у Цивільному кодексі України: історія повторюється двічі [електроний ресурс] — режим доступу: [http://popov-yuyu.narod.ru/16\\_imperativ\\_vs\\_dispozitiv.htm](http://popov-yuyu.narod.ru/16_imperativ_vs_dispozitiv.htm).
10. *Луниця Л.А.* Курс международного частного права / Л.А. Луниця. — М.: Спарк, 2002. — 1007 с.
11. *Боярський Є.Д.* Інститут над імперативних норм у міжнародному приватному праві України: характер дії та методологічна приналежність // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского Серия «Юридические науки». Том 26 (65). — 2013. — №2–1 (Ч. 1). — С. 232–239
12. *Шишкин С.А., Дробышев П.Ю.* Гражданский и Хозяйственный кодексы Украины: анализ текущего законодательства и рекомендации по совершенствованию. — Варшава, 2006. — С. 20–21.

Научно–практическое издание

**МАТЕРИАЛЫ  
III МЕЖДУНАРОДНЫХ АРБИТРАЖНЫХ ЧТЕНИЙ  
ПАМЯТИ АКАДЕМИКА ПОБИРЧЕНКО И.Г.**

**ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО  
В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ.  
ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ  
О ДОГОВОРАХ МЕЖДУНАРОДНОЙ  
КУПИ-ПРОДАЖИ ТОВАРОВ**

**Сборник докладов**

Над выпуском работали:

*Селивон Н.Ф.,  
Захарченко Т.Г.  
Даценко К.О.*

Компьютерная верстка:

*Задворный С.В.*

Подписано к печати 07.06.2016. Формат 70x100/16.

Гарн. Minion Pro. Усл. печ. л. 11,12

Печать офсетная. Бумага офсетная. Тираж 300 экз.

Зак. №

**Оригинал-макет — издательство «Юридический мир»**

02140, г. Киев, ул. Бориса Гмыри, 2, офис 17.

Тел./факс: (044) 219-27-17, e-mail: [gazeta@legalweekly.com.ua](mailto:gazeta@legalweekly.com.ua)

<http://www.legalweekly.com.ua>

Свидетельство о внесении в Государственный реестр издателей,  
изготовителей и распространителей издательской продукции  
серия ДК №3842 от 22.07.2010 г.

**Отпечатано ПАО «Випол»**

03151, Киев, ул. Волынская, 60

Свидетельство о внесении в Государственный реестр

Серия ДК №4404 от 31.08.2012 г.