

А.А. Петруша*

ТОЛКОВАНИЕ ДОГОВОРА МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ ТОВАРОВ ПО АМЕРИКАНСКОМУ ПРАВУ

Ключевые слова: договор международной купли-продажи товаров, американские коллизионные нормы, толкование договора купли-продажи по американскому праву, правило устного свидетельствования, отказ от прав, закрепленных в договоре.

Petrusha A.A. Construction of a contract for international sale of goods under American law

While concluding a contract for international sale of goods, the parties thereto may choose American law to be applicable to the contract. The circumstances under which American law may be chosen according to American conflict of law rules are examined by the author. In case of disagreement between the parties regarding the meaning of the provisions of the contract, the construction of the contract may be required to clarify the contract terms. The purpose of the present article is to highlight the particularities of American law, which could face the Russian partner, in case of disagreement between the parties on how the contract is to be construed. The article concerns the issue of applicability under American law of the terms and conditions on which the parties agreed before the conclusion of the contract, and which contradict or amend the existing contract. The author of the article examined the concept of a waiver and in which form it may be done, if a contract for international sale of goods is concluded with Russian partner.

В свете возрастающей значимости договора международной купли-продажи в торговом обороте, увеличения количества заключаемых договоров, все большее значение придается анализу правового регулирования договора международной купли-продажи товаров не только на международном уровне, где основным источником материально-правового регулирования является Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (далее – Венская конвенция)¹, но и на национальных уровнях. В данной статье сравнивается и анализируется правовое регулирование толкования договора международной купли-продажи товаров с позиций американского, российского права и Венской конвенции.

При исполнении договора международной купли-продажи товаров, если у сторон возникли разногласия, касающиеся содержания того или иного договор-

© Петруша А.А., 2012.

* Аспирант кафедры международного частного права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина. [Salve77@yandex.ru]

¹ «Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров» (заключена в Вене 11.04.1980) (по состоянию на 4 мая 2011 года). URL: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/sales/cisg/CISG-r.pdf> (дата обращения – 19.12.2011 г.).

ного условия, необходимо толкование, которое помогло бы привести в соответствие реальную волю сторон договора с внешней формой ее выражения². Как справедливо отмечает М.Г. Розенберг: «...в зависимости от того, какое толкование дал контракту в целом или отдельным его условиями суд или арбитраж, по-разному определяются права и обязанности сторон, объем их имущественной ответственности. Этим объясняется то внимание, которое уделяет толкованию контрактов законодательство многих стран»³.

Представим ситуацию: российская фирма заключает с американской фирмой договор международной купли-продажи товаров по праву какого-либо штата США (например, по праву штата Нью-Йорк)⁴, исключая действие⁵ Венской конвенции⁶. У сторон возникают разногласия по содержанию тех или иных договорных условий. Становится очевидным вопрос, как следует толковать условия договора с позиций американского права.

Перед тем, как перейти к решению данного вопроса, остановимся на коллизионном регулировании договора международной купли-продажи товара с позиций американского права. Знание коллизионных норм американского права позволит ориентироваться в ситуации, если спор будет рассматриваться в американском суде.

Основные правила коллизионного регулирования США содержатся во втором Своде правил о конфликте законов⁷ в редакции 1971 г. (далее – Свод правил о конфликте законов). Данный акт является наиболее важным консолидированным актом в области коллизионного права США и имеет рекомендательное значение.

² См., напр.: *Туранин В.Ю., Самострелова О.И.* Толкование гражданско-правовых договоров: некоторые проблемные аспекты // *Юрист*, 2007. № 2. С. 22.

³ *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 4-е изд., испр. и доп. М.: Статут, 2010. С. 104.

⁴ Каждый штат в США имеет свою самостоятельную правовую систему.

⁵ В США Венская конвенция имеет преимущественную силу федерального закона и применяется к правоотношениям сторон, если оба участника сделки являются лицами из договаривающихся государств, согласно пп. «а» п. 1 ст. 1 Конвенции. В отношении пп. «б» п. 1 ст. 1 Венской конвенции, в котором говорится, что Конвенция применяется также и в случаях, «когда, согласно нормам международного частного права, применимо право Договаривающегося Государства», США сделала оговорку о неприменении этого подпункта. Таким образом, если стороной договора является фирма из США и фирма из государства, не участвующего в Венской конвенции (например, из Великобритании), Венская конвенция не будет применяться к правоотношениям сторон, независимо от того, какое право будет применимо к договору, согласно нормам международного частного права.

⁶ В данном случае Венская конвенция автоматически бы применялась к правоотношениям сторон на основании пп. «а» п. 1 ст. 1, поскольку Россия и США являются договаривающимися государствами. Однако согласно ст. 6 Венской конвенции стороны могут исключить применение Конвенции к их отношениям или отступить от любого из ее положений или изменить его действие. Условие об исключении действия Венской конвенции должно быть прямо и недвусмысленно выражено в договоре.

⁷ *Restatement of the Law of Conflict of Laws (Second)*, 1971 г. Представляет собой одну из серий систематизаций (*Restatements of the Law*), разработанных Американским институтом права. Является сборником правовых принципов, правил и обычаев, созданным для лучшего понимания коллизионного права судьями и другими юристами.

В Своде правил о конфликте законов предусмотрено действие принципа автономии воли сторон. Согласно п. 1 § 187, «право государства, избранное сторонами, будет применяться для разрешения спорного вопроса, если этот вопрос может быть решен посредством того, что стороны в договоре прямо отнесли его к разрешению именно этим правом» (п. 1). Также избранное право регулирует те аспекты действия договора, которые стороны не могут разрешить при помощи прямо выраженных условий.

Имеются, однако, исключения из автономии воли сторон. Так, избранное сторонами право не будет применяться, если «государство избранного права не имеет существенной связи (substantial relationship) ни со сторонами, ни со сделкой, и нет другого разумного основания для выбора сторон» (пп. «а» п. 2 § 187)⁸. То есть если стороны не могут решить спорный вопрос при помощи прямо выраженных условий договора, то избранное ими право будет применяться для разрешения вопроса, только если оно имеет существенную связь со сделкой. Кроме того, основные вопросы действительности, правоспособности и формы договора не могут затрагиваться автономией воли сторон⁹. И, наконец, избранное сторонами право не будет применяться, если «его применение будет противоречить основополагающей политике (fundamental policy) государства, которое имеет существенно больший интерес в регулировании спорного вопроса, чем выбранное государство...» (пп. «b» п. 2 § 187). И при этом право этого государства регулировало бы договор в отсутствие соглашения сторон о применимом праве.

Таким образом, согласно Своду правил о конфликте законов, государство избранного права должно иметь существенную связь со сделкой, если стороны не могут решить спорный вопрос прямо выраженными условиями договора. Кроме того, право, избранное сторонами, не должно противоречить основополагающей политике государства, наиболее заинтересованного в решении отдельно взятого вопроса договорных отношений. Основополагающая политика включает в данном случае императивные нормы наиболее заинтересованного государства, но не ограничивается ими. И, наконец, суд, решая вопрос о том, применяется ли основополагающая политика государства, наиболее заинтересованного в решении определенного вопроса, должен удостовериться, что право этого государства регулировало бы спор в отсутствие соглашения сторон.

Некоторые коллизионные нормы американского права содержатся также в Единообразном Торговом Кодексе США (далее – ЕТК)¹⁰, который посвящен ре-

⁸ Restatement of the Law of Conflict of Laws (Second) 1971 URL: <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html> (дата обращения: 19.12.2011).

⁹ *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права США: дис. ... к.ю.н. М., 1999. С. 104.

¹⁰ ЕТК был создан усилиями Американского института права и Национальной конференции уполномоченных по унификации права штатов США с целью гармонизации норм о купле-продаже и других коммерческих сделках в 50-ти штатах США. Впервые опубликован в 1952 г. Штаты имеют право одобрить Кодекс полностью или частично (так, в штате Луизиана не действует ст. 2 ЕТК, касающаяся отношений купли-продажи). Для того чтобы новая редакция ЕТК была действующей в определенном штате, она должна быть одобрена именно этим штатом.

гулированию торговых и иных предпринимательских отношений. ЕТК является модельным актом и действует через законы штатов, инкорпорировавших его нормы. Принцип автономии воли сторон закреплен в п. 1 ст. 1-105 ЕТК¹¹, согласно которому «...когда сделка имеет разумную связь с настоящим штатом, а также с другим штатом или государством, стороны могут договориться, что право либо настоящего штата либо другого штата или государства должно регулировать их права и обязанности. При отсутствии соглашения сторон ЕТК применяется к сделкам, имеющим надлежащую связь с данным штатом».

Следовательно, в отличие от Свода правил о конфликте законов, где, как указывалось ранее, предложено правило о том, что сделка должна иметь существенную связь с государством избранного права, согласно ЕТК, сделка должна иметь разумную связь с государством, чье право стороны выбрали в качестве применимого к договору. Если стороны не сделали выбор права, то сделка должна иметь надлежащую связь (*appropriate relation*) с правом, которое будет регулировать договор. Решение вопроса о том, какое отношение признается надлежащим, согласно официальным комментариям к ЕТК, остается на усмотрение суда.

Однако, в 2001 г. была предложена новая редакция ст. 1 ЕТК (ст. 1-105 была заменена статьей 1-301¹²). Согласно новой редакции ЕТК, нет необходимости в том, чтобы сделка имела разумную связь со штатом или государством избранного права. Согласно пп. «b» п. 2 ст. 1-301 «соглашение между сторонами международной сделки о том, что какие-либо или все их права и обязанности будут определяться правом этого штата или другого штата или государства имеет юридическую силу, независимо от того, имеет ли сделка отношение к указанному штату или государству, или нет».

Появилось новое положение, сходное с закрепленным в § 187 Свода правил о конфликте законов, рассмотренном ранее. Так, согласно пп. «e» п. 2 ст. 1-301 новой редакции ЕТК, если стороны выбрали применимое к договору право, то применение этого права не должно противоречить основополагающей политике (*fundamental policy*) штата или государства, чье право регулировало бы договор в отсутствие соглашения сторон на основании коллизионных норм права штата, где рассматривается спор.

Новая редакция ст. 1 ЕТК не была повсеместно воспринята, и многие штаты сохранили прежнюю редакцию статьи¹³. Как отмечает профессор Уильям Вудвард (*William Woodward*)¹⁴, новая редакция ст. 1 ЕТК делает очень сложным, практически невозможным для сторон с точностью предвидеть, какие у них

¹¹ См. например: *Donald Resseguie*. New York Commercial Law. Gold book. 2011 Edition. New York, 2010. UCC-37.

¹² Uniform Commercial Code URL: <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html> (дата обращения – 19.12.2011).

¹³ Так, например, штат Нью-Йорк не одобрил новую редакцию ст. 1 ЕТК.

¹⁴ *William J. Woodward*. A (Very Partial) Sampling of the Problems with UCC § 1-301. URL: <http://www.ucita.com/pdf/WoodwardTwelveTop.pdf> (дата обращения – 1.12.2011).

будут права и обязанности. Среди недостатков выделяют также отсутствие прецедентов для применения новой нормы. Так, например, это касается судебных решений по поводу применения основополагающей политики другого государства. Как было отмечено ранее, право, избранное сторонами, не применяется, если оно противоречит основополагающей политике государства, наиболее заинтересованного в регулировании отдельно взятого вопроса договорных отношений. Данное положение исходит из разработанной в американской правовой доктрине теории «анализа интересов» профессора Брейнерда Карри (Breinerd Currie)¹⁵. В решениях, касающихся основополагающей политики другого государства, суды сравнивают интересы государства, применение основополагающей политики которого под вопросом, с интересами государства, имеющего разумную связь со сделкой, право которого было выбрано сторонами в качестве применимого к договору. Теперь же, если стороны выбирают право государства, не имеющего никакой связи со сделкой, то у этого государства соответственно и нет никакого правительственного интереса в регулировании спорного вопроса. Таким образом, невозможно проанализировать интересы двух государств в разрешении спорного вопроса, если у одного из них отсутствует интерес. Поэтому, если раньше суд взвешивал интересы обоих государств, то теперь неясно, чем будет руководствоваться суд при выборе, какое право применить: право, выбранное сторонами, если государство этого права не заинтересовано в решении спорного вопроса, или право заинтересованного государства, но которое стороны не выбрали.

Таким образом, при выборе применимого к договору международной купли-продажи права какого-либо штата США необходимо уточнить, одобрил ли этот штат новую редакцию ст. 1 ЕТК 2001 г. Если нет, то следует учитывать, что сделка должна иметь разумную связь со штатом избранного права.

Вопросам купли-продажи товаров посвящена ст. 2 Единообразного торгового кодекса США. Толкование договорных условий раскрывается в ст. 1-205, 2-202, 2-208, 2-09, 2-316, 2-317 и др. Следует отметить, что в 2003 г. вышла новая редакция ст. 2 ЕТК. Статья 1-205 вместе со ст. 2-208 были перемещены в новую ст. 1-303 ЕТК¹⁶. Поскольку ни один из штатов в настоящее время не принял новую редакцию ст. 2 ЕТК, далее автором настоящей статьи рассматривается предыдущая и до сих пор действующая редакция статьи от 1962 г.

Рассмотрим, как решается в американском праве тесно связанный с толкованием договора вопрос о приведении устных доказательств при определении условий договора.

¹⁵ Согласно этой теории, как отмечает Монастырский Ю.Э.: «Центральная проблема коллизионного права может быть определена как поиск и обнаружение той нормы, которая является основой решения..., когда существует конфликт между интересами двух и более штатов...». Карри считал, что функция суда заключается в определении того, «какой интерес должен уступить». *Монастырский Ю.Э. Указ. соч. С. 70.*

¹⁶ Новая статья более точно раскрывает вопросы толкования договоров, однако, практически не содержит отличающихся от ст. 1-205 и 2-208 положений и не противоречит им.

Часто возникает проблема, когда одна из сторон договора ссылается на условие, не включенное в письменный текст договора, однако которое, по ее мнению, является частью соглашения сторон¹⁷. Для решения этой проблемы в американском праве существует правило об устных¹⁸ доказательствах (Parol Evidence Rule). Это правило состоит в том, что сторона договора, заключенного в письменной форме, не может его изменить путем представления устных доказательств об условиях, о которых стороны договорились до или одновременно с заключением договора¹⁹. Это правило было создано для того, чтобы предотвратить представление доказательств, которые изменяют или противоречат условиям, содержащимся в письменном договоре.

Правило об устных доказательствах применяется только в случае, если документ рассматривается сторонами как окончательное выражение их соглашения, т.е. является контрактом.

Так, согласно ст. 2-202 ЕТК²⁰: «Условия, подтвержденные меморандумом договаривающихся сторон или иным образом зафиксированные в документе, который рассматривался сторонами как окончательное выражение их соглашения в отношении условий, включенных в названные документы, не могут быть оспорены путем ссылки на предшествующее соглашение или совпадающее по времени устное соглашение, но могут быть объяснены или дополнены:

а) заведенным порядком или торговыми обычаями (ст. 1-205), или порядком исполнения (ст. 2-208); и

б) доказательством существования совместимых дополнительных условий, если только суд не найдет, что документ мыслился как полное и единственное удостоверение условий соглашения»²¹.

¹⁷ См. об этом: Уильям Бернам. Правовая система США. 3-й вып. / пер. кн. с англ. М.: РИО «Новая юстиция», 2006. С. 645.

¹⁸ Как указывает Уильям Бернам: «Хотя слово “parol” буквально означает “устный”, правило об устных доказательствах в действительности исключает не только устные, но и любые иные виды доказательств, указывающих на положения, не содержащиеся в письменном соглашении». Там же.

¹⁹ Поскольку правило об устных доказательствах относится к представлению доказательств об условиях, о которых стороны договорились до или одновременно с заключением договора, это правило не препятствует представлению доказательств того, что договор впоследствии был устно изменен или дополнен непротиворечащими договору условиями.

²⁰ Лебедев С.Н. Единообразный торговый кодекс США: пер. с англ. / Серия: Современное зарубежное и международное частное право. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 61-62.

²¹ Как было указано ранее, в 2003 г. вышла новая редакция ст. 2 ЕТК. Статья 2-202 ЕТК была немного изменена и дополнена. В новой редакции ст. 2-202 ЕТК слово «меморандум» (memoranda) было заменено на «документы» (records), изменен пп. «а», появился новый пункт (п. 2). Так, согласно новой редакции:

1) Условия, содержащиеся в подтверждающих документах (records) сторон и согласующиеся друг с другом, или иным образом зафиксированные в документе (record), который рассматривался сторонами как окончательное выражение их соглашения в отношении условий, включенных в названные документы, не могут быть оспорены путем ссылки на предшествующее соглашение или совпадающее по времени устное соглашение, но могут быть дополнены свидетельством:

Таким образом, если у сторон есть окончательный письменный договор, он не может быть опровергнут с помощью устных доказательств²². Если письменный договор не подразумевает включение в него всех условий, о которых стороны договорились (например, если существуют другие соглашения между сторонами по предмету договора), то доказательства существования совместимых, дополняющих письменный договор условий допускаются. Единственный случай, когда доказательства существования дополнительных условий не будут приниматься судом во внимание – это если стороны не только намеревались сделать определенный документ «окончательным выражением их соглашения», т.е. контрактом, но также, если этот документ представлялся им «как полное и единственное удостоверение условий соглашения».

Однако для целей толкования формулировок письменного договора устные доказательства принимаются судом во внимание.

В Венской конвенции, в отличие от американского права, не предусмотрено ограничение для сторон договора международной купли-продажи в отношении предоставления доказательств о существовании условий, о которых стороны договорились устно до или во время заключения договора. Согласно Венской конвенции (п. 3 ст. 8): «При определении намерения стороны или понимания, которое имело бы разумное лицо, необходимо учитывать все обстоятельства, включая переговоры...».

Обратим внимание на правила толкования договора, закрепленные в ст. 2-202 ЕТК. Как указано в п. «а» ст. 2-202, условия договора могут быть объяснены или дополнены порядком (ходом) исполнения договора (ст. 2-208 ЕТК), заведенным порядком²³ (обычной практикой ведения деловых отношений между сторонами) или торговыми обычкновениями (ст. 1-205 ЕТК).

Рассмотрим подробнее непосредственно процесс толкования договора купли-продажи в американском праве.

Американская правовая доктрина исходит из того, что при толковании договора суд должен установить истинное намерение сторон. Так, как отмечают Е.А. Васильев и А.С. Комаров, «... договор должен толковаться как единое целое в

а) хода исполнения договора, заведенного порядка или торгового обычкновения (согласно ст. 1-303); и

б) доказательством существования совместимых дополнительных условий, если только суд не найдет, что документ мыслился как полное и единственное удостоверение условий соглашения.

2) Условия, содержащиеся в документе (record), не могут быть объяснены свидетельством хода исполнения договора, заведенного порядка или торгового обычкновения без предварительного определения суда о том, что формулировки условий договора не ясны».

²² См., напр.: *Gabriel, Henry D. Contracts for the Sale of Goods: a Comparison of U.S. and International Law*. 2nd ed. Oxford University Press. P.72.

²³ Согласно п. 1 ст. 1-205 ЕТК, заведенный порядок – это «единообразие предшествующего поведения сторон данной сделки, которое справедливо рассматривать как устанавливающее общую основу взаимопонимания при толковании употребляемых ими выражений и иных действий».

той степени, в какой его формулировки позволяют установить намерение сторон»²⁴. Первостепенная задача суда при толковании договора, как указывает профессор Кит Роули (Keith Rowley), состоит в том, чтобы «выяснить и привести в действие обоюдное намерение сторон на момент заключения договора»²⁵. Цель толкования договора состоит в том, чтобы выяснить смысл и намерение сторон, выраженные в языке договора. Задачей суда не является выяснение некоторого возможного, но не выраженного намерения сторон. По американскому праву, функция суда заключается в том, чтобы искать намерение сторон вне инструмента, его выражающего, а затем реализовывать это намерение, несмотря на то, что формулировки договора вполне ясны, чтобы его показать. Таким образом, по-нашему мнению, предписания американского права, так же как и общего права основаны на теории волеизъявления²⁶ при толковании договора. То есть при расхождении воли и волеизъявления приоритет будет отдаваться прямо выраженным условиям договора, а не тому, что имелось в виду²⁷.

В свете раскрытия вопроса толкования договора интересно обратить внимание на то, что понимают под договором в американском праве. Так, согласно ЕТК, под контрактом понимается итоговое законное обязательство сторон, являющееся результатом их соглашения и применимых норм права²⁸. Как указывает Генри Габриэль (Henry Gabriel), «соглашение сторон – это фактическая сделка (bargain in fact), которая находит свое воплощение в языке договора или в ходе его исполнения, в заведенном порядке или торговых обыкновениях, и не обязательно в документе»²⁹. Таким образом, волеизъявление может быть найдено не только в формулировках договора, но и в действиях сторон.

В ЕТК отрицается толкование торгового соглашения, как по общему словарю, так и по специальному словарю о передаче имущества. Вместо этого в

²⁴ Васильев Е.А., Комаров А.С. Гражданское и торговое право зарубежных государств: В 2 т. Т. I. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Междунар. отношения, 2004. С. 551.

²⁵ Rowley, Keith A. Contract Construction and Interpretation: From the “Four Corners” to Parol Evidence (and Everything in Between). 1999. Scholarly Works. URL: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/554/> (дата обращения: 19.12.2011). P. 80.

²⁶ Как указывают М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, в зависимости от того, чему отдается предпочтение при толковании договора, действительному намерению сторон или тому, что указано в договоре, законодательство разных стран опирается соответственно на теорию воли или теорию волеизъявления. При несовпадении воли и волеизъявления, согласно теории воли, приоритет отдается тому, что в действительности стороны имели в виду, «выражая устно или письменно свое понимание соответствующих действий», а согласно теории волеизъявления – тому, что написано в договоре. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. первая: Общие положения. 3-е изд., стр. М.: Статут, 2009. С. 268.

²⁷ Однако, как отмечает А.А. Панов: «Ни в одном более-менее развитом правопорядке не представлена теория воли или теория волеизъявления в чистом виде...». «Под вопросом остается только то, в каком объеме внутренняя воля в составе волеизъявления заслуживает защиты». Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права, 2011. № 1. С. 69.

²⁸ Пп. 12 п. «b» ст.1-201 ЕТК новой редакции и пп. 11 старой редакции.

²⁹ Gabriel, Henry D. Op. cit. P.72.

нем определено значение соглашения исходя из языковых формулировок, используемых сторонами, и их действий, толкуемых и интерпретируемых в свете торговой практики и других обстоятельств.

Ход исполнения договора зачастую подразумевает повторяющиеся действия одной из сторон для исполнения договора, где другая сторона знает характер исполнения и возможность для возражения этому. Так, согласно п. 1 ст. 2-208 ЕТК, если договор купли-продажи предполагает определенные повторяющиеся действия для его исполнения любой из сторон при осведомленности другой стороны о характере исполнения и возможности возражения, то любой ход исполнения договора, принятый или молчаливо одобренный без возражений, будет определять значение договора³⁰. Таким образом, подразумевается, что поведение сторон при исполнении договора купли-продажи – лучшее указание на то, что в действительности имели в виду стороны при заключении договора. И поведение сторон в процессе исполнения договора прямо указывает на то, как они его понимают³¹.

Согласно п. 2 ст. 2-208 ЕТК, прямо выраженные условия договора, ход его исполнения, заведенный порядок, торговые обыкновения должны толковаться как совместимые друг с другом, если такое толкование представляется разумным. Если же такое толкование представляется неразумным, то:

1) прямо выраженные условия договора пользуются преимуществом перед ходом исполнения договора;

2) поведение сторон в ходе исполнения договора пользуется преимуществом перед заведенным порядком и торговыми обыкновениями³².

Следовательно, суд должен прибегать к помощи доказательств хода исполнения договора, заведенного порядка и торговых обыкновений³³ для интерпретации договора, только если прямо выраженные условия договора не показывают намерений сторон³⁴.

³⁰ *Лебедев С.Н.* Указ. соч. С. 61–62.

³¹ См. об этом: *DiMatteo. L.A.* The Law of International Contracting. The Hague, 2000. P. 232.

³² Для сравнения приведем статью из новой редакции ЕТК. Так, согласно п. «е» ст. 1-303 новой редакции, если толкование договора с помощью прямо выраженных условий договора, хода исполнения договора, заведенного порядка или торгового обыкновения будет неразумным, если рассматривать их как совместимые друг с другом, то: «1) прямо выраженные условия договора имеют преимущество перед ходом исполнения договора, заведенного порядка и торгового обыкновения; 2) ход исполнения договора имеет преимущество перед заведенным порядком и торговым обыкновением; и 3) заведенный порядок имеет преимущество перед торговым обыкновением».

³³ ЕТК предусматривает ограничение применения торговых обыкновений при толковании договора: «Доказательство соответствующего торгового обыкновения, предложенное одной стороной, не может быть допущено, пока и поскольку она не уведомила о нем другую сторону таким способом, который суд сочтет достаточным для предупреждения несправедливой неожиданности для этой другой стороны» (п. 6 ст. 1-205 старой редакции ЕТК и п. «g» ст. 1-303 новой редакции ЕТК). Как указывает Генри Габриэль: «Это ограничение не имеет своей целью ослабление объективной природы торговых обыкновений». Если сторона не знает о существовании определенного торгового обыкновения, оно действительно может вызвать у нее удивление, «...но это не будет несправедливым удивлением». *Gabriel, Henry D.* Op. cit. P.78.

³⁴ *Ibid.*

Кроме того, при толковании договора суды отдают предпочтение тому толкованию, которое оставляет договор в силе, а не делает договор недействительным³⁵. То есть суд рассматривает не только значение условий, выбранных сторонами, но также и правовые последствия этих условий³⁶.

Толкование договора с помощью хода исполнения договора и заведенного порядка американская правовая доктрина относит к анализу совокупности обстоятельств. Суд часто стремится учесть обстоятельства, окружающие исполнение договора, чтобы понять действительное намерение сторон. «Анализ совокупности обстоятельств, – как отмечает ДиМаттео, – позволяет суду узнать коммерческую цель договора, при этом знание цели договора подразумевает знание основ возникновения сделки», а также «ее контекста»³⁷.

Для определения понимания договора и его исполнения уже долгое время в общем праве используется также критерий разумности (*reasonable person standard*), который является «отражением анализа совокупности обстоятельств», поскольку часто применяется для толкования договора посредством использования торговых обыкновений, обычаев, практики взаимоотношений контрагентов в определенной сфере торговли или бизнеса³⁸. Под критерием разумности в соответствии с ЕТК суд понимает не то, что сделал бы любой разумный человек, а то, что сделал бы разумный участник торгового оборота³⁹. В последние годы значение критерия разумности возрастает из-за частого использования стандартных форм договоров. В американской судебной практике прослеживается тенденция отхода от традиционного подхода к толкованию договора, когда факт подписания стандартной формы договора являлся свидетельством того, что сторона, ставя свою подпись, намеревалась принять все условия договора. Такой подход стал отвергаться, поскольку на деле становилось очевидным, что в действительности такого согласия не было (чаще всего сторона или не прочитывала договор, ставя свою подпись, или не понимала его условий). Поэтому для толкования стандартных форм договоров стал применяться критерий разумности, его использование позволяло понять, насколько целесообразны в коммерческом плане условия конкретных договоров⁴⁰.

³⁵ См. об этом: *Еремичев Н.Е.* Интерпретация условий контракта в случае рассмотрения дела американским судом // *Внешнеторговое право*, 2006. № 1. С. 30.

³⁶ *Rowley Keith A.* Op. cit. P. 82.

³⁷ См об этом: *DiMatteo. L.A.* Op. cit. P. 232.

³⁸ См.: *Barnes A. J., Morehead Dworkin T., Richards E.L.* Law for Business. Tenth Edition. New-York, 2009. P.170.

³⁹ Как писал Дэйси по поводу критерия разумности: «Здесь, как и в других областях гражданского права, исследование намерений сторон на деле является исследованием не действительных намерений X и A, ибо таких намерений, возможно, на деле вовсе не существовало, а исследование воли, которую выразили бы разумные люди, если бы они находились в положении X и A и если бы внимание таких разумных людей было обращено на обстоятельства, на которые X и A не обратили внимания». *Dacey, Conflict of Laws*, 1932. P. 666.

⁴⁰ См. об этом: *DiMatteo.* Op. cit. P. 232.

Российское право при толковании договора исходит из того, что приоритет отдается условиям, закрепленным сторонами в договоре (теория волеизъявления). Как считает А. Эрделевский, «предполагается, что, действуя добросовестно и разумно, стороны выразили свою действительную волю в использованных в договоре словах и выражениях»⁴¹.

Так, согласно ст. 431 ГК РФ, в первую очередь принимается во внимание буквальное значение содержащихся в договоре слов и выражений. При неясности буквального смысла какого-либо условия договора он устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом. Таким образом, как указывают М.И. Брагинский и В.В. Витрянский: «...приоритет отдается не тому, что имелось в виду, а тому, что было сказано»⁴². Сначала происходит толкование сделанного сторонами совместного волеизъявления. И лишь если буквальное, а затем логическое толкование не помогают определить содержание договора, подлежит выяснению действительная общая воля сторон с учетом цели договора⁴³. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон. Суд, осуществляя толкование, может отдать предпочтение любому из входящих в этот перечень обстоятельств в отличие от американского права, где одни обстоятельства (например, ход исполнения договора) имеют преимущество перед другими (например, перед заведенным порядком).

В Венской конвенции теория воли или волеизъявления в чистом виде не выражены. Так, согласно ст. 8, устанавливаются следующие правила толкования договоров:

1. Заявление и иное поведение стороны толкуются в соответствии с ее намерением, если другая сторона знала или не могла не знать, каково оно было.

2. Если другая сторона не знала намерение стороны, делающей заявления, то заявления и иное поведение стороны толкуются в соответствии с тем пониманием, которое имело бы разумное лицо, действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных обстоятельствах.

3. При определении намерения стороны или понимания, которое имело бы разумное лицо, необходимо учитывать все обстоятельства, включая переговоры, любую практику, которую стороны установили в своих взаимных отношениях, обычаи и любое последующее поведение сторон.

Таким образом, как отмечает М.Г. Розенберг: «...Венская конвенция решающее значение придает распознаваемости волеизъявления для другой стороны»⁴⁴. В Венской конвенции также не устанавливается приоритета одних обстоятельств, принимаемых во внимание при толковании договора, перед другими (п. 3 ст. 8).

⁴¹ Эрделевский А. Толкование договора // Российская юстиция, 1999. № 4. С. 13.

⁴² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ.соч. С. 269.

⁴³ См., напр.: Туранин В.Ю., Самострелова О.И. Указ. соч. С. 22.

⁴⁴ Розенберг М.Г. Указ. соч. С. 105.

Регулирование толкования договора купли-продажи в американском праве тесно связано с регулированием изменения этого договора. В американском праве доказательство хода исполнения договора может быть использовано не только для толкования договора и заполнения его пробелов, но также и для того, чтобы показать изменение или отказ от определенных условий договора.

Если в договоре предусматриваются определенные повторяющиеся действия, и сторона договора не возражает против сложившегося хода исполнения договора отличного от закрепленных в нем условий, то договор предполагается измененным или предполагается отказ (*waiver*⁴⁵) от прав, закрепленных в договоре, посредством поведения сторон (п. 3 ст. 2-208 ЕТК). Так, в деле *T.J. Stevenson v. Co.*⁴⁶ рассматривался спор между компанией из Республики Боливия (покупатель) и американской компанией (соответственно, продавец) по нарушению гарантии пригодности товара к продаже (*warranty of merchantability*). В пп. «а» п. 3 ст. 2-607 ЕТК указывается, что покупатель в течение разумного времени после того, как он обнаружил, либо должен был обнаружить дефект товара, должен сообщить об этом продавцу, иначе его право на возмещение ущерба по дефектному товару утрачивается. В договоре, заключенном между сторонами, содержалось условие о том, что при обнаружении дефекта товара покупатель должен сообщить об этом продавцу в письменной форме в течение 20 дней со дня прибытия товаров. Покупатель, обнаружив дефект товаров, сообщил об этом продавцу, однако, не в письменной форме, а по телетайпу и в неформальной переписке, которая велась между сторонами также и в то время, когда дефект товаров был обнаружен. Продавец, ссылаясь на условия договора, отказывался от возмещения вреда, поскольку утверждал, что никогда не получал от покупателя письменного уведомления о дефекте товаров. Однако, принимая во внимание поведение сторон при исполнении договора, суд сделал вывод, что продавец был осведомлен о дефекте товаров и ответы продавца по телетайпу и в неформальной переписке, фактически, установили ход исполнения договора. Соответственно, стороны своим поведением показали двусторонний отказ (*waiver*) от условия договора об обязательной письменной форме такого уведомления. Ответчик был признан обязанным возместить вред за нарушение гарантии пригодности товара к продаже и его аргументы о том, что он не получал письменного уведомления, были отклонены.

Таким образом, в американском праве ход исполнения договора купли-продажи может показать изменение или отказ от определенных условий договора.

Следует отметить, что если в договоре содержится указание на то, что изменение или аннулирование каких-либо условий договора может быть совершено

⁴⁵ Понятие «отказ от права» (*waiver*) в ЕТК не определено. В общем праве «*waiver*» означает намеренный отказ от известного права. Лицо может отказаться от права, закрепленного в договоре, посредством того, что оно придерживается определенной линии поведения, несоответствующей этому праву, или путем устного или письменного заявления.

⁴⁶ См. об этом: *DiMatteo*. Op. cit. P. 234.

только в письменной форме, то договор может быть изменен или действие каких-либо его условий может быть прекращено только посредством дополнительного соглашения, подписанного сторонами (п. 2 ст. 2-209 ЕТК)⁴⁷. Однако даже если договор международной купли-продажи содержит это условие, поведение сторон в ходе исполнения договора, предпринимающее попытку изменить договор или аннулировать какое-либо из его условий, может действовать как отказ (waiver) сторон от определенного условия договора (п. 4 ст. 2-209 ЕТК).

По поводу этих двух положений (п. 2 и п. 4 ст. 2-209 ЕТК) в американской правовой доктрине существуют дискуссии. Так, указывается на то, что если в п. 4 ст. 2-209 ЕТК, который, как было указано ранее, предусмотрено, что предпринимающаяся попытка изменить договор, которая не согласуется с п. 2, все же может быть «отказом», толковать так широко, что любые устные изменения теперь будут иметь силу отказа, несмотря на п. 2 ст. 2-209, то оба положения (и п. 2 и п. 4) не нужны⁴⁸. При этом обращается внимание на то, что разработчики ст. 2-209 ЕТК хотели сделать возможным для сторон исключить устные изменения договора. Так, например, Брайан Халл (Bryan Hull) предлагает такую концепцию: по его мнению, решение этого вопроса заключается в том, чтобы обратить внимание на точную формулировку п. 4. Так, согласно п. 4, «попытка изменить договор» не представляет собой автоматический отказ от определенного условия в договоре, а только «может действовать как отказ». Возникает вопрос, в каком случае попытка изменить договор может действовать как отказ. В качестве такого случая, Брайан Халл указывает, что сторона, которая должна была выполнить определенное обязательство, ввиду отказа другой стороны от своего права, понесла определенные расходы, потому как рассчитывала на такой отказ (например, поставщик разумно положился на уверения покупателя о том, что запоздалая поставка товаров его устраивает). То есть попытка изменить договор может действовать как отказ, если на такой отказ положились стороны, давшая обязательство⁴⁹. Так, согласно п. 5 ст. 2-209, отказ от прав, закрепленных в дого-

47 Согласно официальным комментариям к ЕТК, ст. 2-209 ЕТК не касается расторжения договора в одностороннем порядке, что регулируется ст. 2-106 ЕТК. Статья 2-209 ЕТК относится только к изменению или отказу от какого-либо условия договора по взаимному согласию сторон. См., напр.: *Donald Resseguie*. Op. cit. UCC-111.

48 Общее право решает эту проблему тем, что отказывается обеспечивать правовой защитой неподтвержденные встречным предоставлением (consideration) изменения договора. Однако суды, используя общее право, исследуют только вопрос о существовании этого встречного предоставления, а не вопрос о его адекватности и соразмерности. Также в общем праве нет нормы, предусмотренной в п. 2 ст. 2-209 ЕТК, согласно которому стороны, желая исключить устные изменения договора, могут включить в него оговорку, что все изменения должны быть совершены в письменной форме. Поэтому, по общему праву, стороны всегда были свободны в том, чтобы устно отменить действие договора, а его условия, запрещающие любые изменения, совершенные не в письменной форме, исчезли бы вместе с договором, который был отменен. См. об этом: *Hull, Bryan D. United States and International Sales, Lease, and Licensing Law: Cases and Problems*, 2007. P. 59.

49 Ibid. P. 59–60.

воре, может быть отозван, пока договор имеет силу, кроме случаев, если на этот отказ уже рассчитывает другая сторона⁵⁰.

Брайан Халл также отмечает, что в решении этого вопроса практика американских судов разнообразна и противоречива. Обзор решений американских судов показывает, что есть решения, в которых видна жесткая позиция суда, где суд не позволяет устным отказам аннулировать условие договора, запрещающее устные изменения. В то же время есть и другие судебные решения, в которых суд, наоборот, позволяет отказам, сделанным устно, изменять такие условия договоров, однако, в большинстве таких дел ясно, что сторона, имеющая обязательство, произвела расходы в связи с отказом другой стороны от своего права (*detrimental reliance*).

Представители другой концепции (например, судья Истербрук (*Easterbrook*)⁵¹ не считают существенным элементом этого отказа от права, закрепленного в договоре, то, что на него можно положиться, оперируя тем, что они не знают такой отрасли права, где отказ от законного права имел бы силу, только если другая сторона полагается на такой отказ. И то, что большинство исследований, выявляющих, что отказ в соответствии с п. 4 ст. 2-209 может аннулировать некоторые преимущества п. 2 ст. 2-209, является правдой, однако, это не дает оснований для добавления нового элемента к понятию «отказ от прав»⁵². Решение этой проблемы они видят в том, что действительное последующее поведение сторон (ход исполнения договора) может показать реальное намерение сторон. И хотя к устным отказам от прав, закрепленных в договоре, при наличии оговорки в договоре, что все его изменения должны быть сделаны в письменной форме, нужно относиться с осторожностью, такой отказ все же может быть сделан посредством хода исполнения договора, например, когда покупатель принимает и не возражает против запоздалой поставки товара, или если он направляет новые заказы или изменяет спецификацию старых заказов, в то время как его существующие заказы не выполняются⁵³.

В отличие от американского права, в российском праве отказ от осуществления прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом (п. 2 ст. 9 ГК). Это подтверждается также и российской судебной практикой, в которой суды делают выводы, что отказ от гражданских прав не влечет их прекращения, за исключением случаев прямого указания на это закона. Поэтому для реализации отказа от прав практикуется заключение соглашений об изменении действующего договора.

⁵⁰ Полная формулировка п. 5 ст. 2-209 ЕТК состоит в следующем: «Сторона, отказавшаяся от права требовать исполнения какой-либо части договора, подлежащей исполнению, может взять свой отказ обратно путем разумного извещения, полученного другой стороной, о том, что она требует строгого исполнения тех условий, к которым относится отказ, если только такая отмена отказа не будет несправедливой ввиду существенного изменения положения вследствие расчета другой стороны на отказ».

⁵¹ Ibid. P. 61–62.

⁵² Ibid. P. 62.

⁵³ Ibid.

Кроме того, следует отметить, что поскольку в ситуации, приведенной в начале настоящей статьи, контрагентом американской компании является российская компания, то, несмотря на все положения американского законодательства, касающиеся возможности изменения договора каким-либо иным путем, кроме ситуаций, когда стороны заключают соглашение в письменной форме, исключаются ввиду сверхимперативности российской нормы о письменной форме внешнеэкономической сделки. Согласно п. 3 ст. 162 ГК, несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет ее недействительность⁵⁴. Данная норма является сверхимперативной, поскольку в п. 2 ст. 1209 ГК указывается, что форма внешнеэкономической сделки, хотя бы одной из сторон которой является российский контрагент, подчиняется, независимо от места совершения этой сделки, российскому праву. Поэтому, даже если стороны выбрали американское право в качестве применимого к договору и исключили действие Венской конвенции, эта норма будет регулировать отношения сторон по сделке, поскольку она является сверхимперативной. Таким образом, стороны договора международной купли-продажи товаров не могут изменить договор или отказаться от определенных его условий посредством своего поведения в ходе исполнения договора, если стороной этого договора является российский контрагент. Независимо от того, указали ли стороны в договоре, что изменение или аннулирование его условий может быть совершено только в письменной форме, договор в данной ситуации может быть изменен, или от каких-либо его условий можно отказаться только посредством письменного соглашения сторон.

Так, в одном из арбитражных дел стороны договора международной купли-продажи товаров устно изменили его условия о том, что поставка будет осуществляться на условиях СИФ в редакции ИНКОТЕРМС-90, и по телефону договорились о поставке на условиях ФОБ. И при этом фактическая перевозка осуществлялась на условиях ФОБ. Как указано в арбитражном решении по этому делу, «договор купли-продажи и его изменение в случае участия в нем фирмы из Российской Федерации должны заключаться в письменной форме, каковой телефонная связь не является»⁵⁵.

Возникает вопрос, будет ли американский суд принимать во внимание сверхимперативную норму российского права о письменной форме внешнеэкономической сделки?

Как указывалось ранее, Свод правил о конфликте законов допускает применение императивных норм государства, которое имеет существенно больший интерес в регулировании спорного вопроса, чем нормы права государства, избранного

⁵⁴ Следует отметить, что согласно Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, правило п. 3 ст. 162 ГК о недействительности внешнеэкономической сделки, заключенной без соблюдения простой письменной формы, предлагается отменить.

⁵⁵ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 16 февраля 1998 г. № 29 (п. 2) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1998. № 4. С. 40–41.

сторонами. Однако императивные нормы такого государства будут применяться только, если оно было бы правом, регулирующим договор в отсутствие соглашения сторон.

Соответственно, если бы стороны не выбрали применимое право к договору международной купли-продажи и, согласно американским коллизионным нормам, применялось бы российское право, то наиболее вероятно, что американский суд будет учитывать сверхимперативную норму российского права о письменной форме внешнеэкономической сделки. В противном случае возникает ситуация «хромающих» отношений⁵⁶, когда, согласно американскому праву, договор считается измененным посредством поведения сторон, а согласно российскому праву – неизменным ввиду отсутствия письменной формы такого изменения.

Поскольку нет гарантии того, что американский суд будет учитывать сверхимперативную норму российского права о письменной форме внешнеэкономической сделки, и по американскому праву отказ от прав, закрепленных в договоре, возможен путем действий сторон, целесообразно любые изменения договора или отказ от прав совершать в письменной форме. Кроме того, для дополнительной защиты своих интересов, стороны могут предусмотреть в договоре оговорку “no waiver”. Чаще всего это условие формулируется следующим образом: «Ни послабление, ни отсрочка платежа или другое совобождение, предоставляемое кредитором должнику в исполнении его права, не будет истолковано как отказ от права (waiver) или отказ от каких-либо его прав по договору»⁵⁷.

Подводя итог исследованию, можно сформулировать следующие рекомендации для российского контрагента при заключении договора международной купли-продажи товаров с фирмой из США:

При выборе права какого-либо штата США в качестве применимого к договору международной купли-продажи товаров следует уточнить, одобрил ли этот штат новую редакцию ст. 1 ЕТК, если нет, то необходимо учитывать, что для того, чтобы выбранное сторонами право регулировало договор, государство (штат) избранного права должно иметь разумную связь со сделкой.

При возникновении разногласий по поводу содержания тех или иных договорных условий, следует принимать во внимание, что в американском праве, в отличие от Венской конвенции, запрещено предоставление доказательств о существовании противоречащих или изменяющих письменный договор условий, о которых стороны договорились до заключения договора.

Следует учитывать, что одной из особенностей регулирования американским правом процесса толкования договора является разграничение уровней толкования договора по степени приоритетности. Так, при возникновении раз-

⁵⁶ Хромающие отношения – это отношения, которые пользуются правовой защитой в одном государстве и не получают ее в другом.

⁵⁷ “Neither relief nor delay in payment or other exemption provided by the creditor to the debtor in the performance of his right, shall not be construed as a waiver of the right or failure from any of his rights under the contract”. *Breeva N.* No waiver and waiver of right. URL: <http://www.nb-law.com/index.php/articles/55--no-waiver-waiver-of-right-> (дата обращения – 19.12.2011).

ногласий по поводу содержания того или иного договорного условия, суд в первую очередь будет принимать во внимание прямо выраженные условия договора, затем ход исполнения договора, заведенный порядок и, наконец, торговые обыкновения.

Ход исполнения договора имеет большое значение в целом для толкования договора с позиций американского права. Однако следует помнить о том, что несмотря на то, что по американскому праву договор международной купли-продажи товаров может быть изменен поведением сторон в ходе его исполнения, если стороной такого договора является российский контрагент, то любые изменения договора или отказ от прав, закрепленных в договоре, могут быть совершены только в письменной форме.

Соблюдение этих рекомендаций позволит грамотно оформить правовые отношения с партнером из США и избежать непредсказуемости в действиях и заявлениях контрагента по правовому обоснованию толкования договора международной купли-продажи товаров, подчиненного американскому праву.