

МЕЖДУНАРОДНЫЙ СТУДЕНЧЕСКИЙ КОНКУРС
ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ТОРГОВОМУ ПРАВУ И
МЕЖДУНАРОДНОМУ
КОММЕРЧЕСКОМУ АРБИТРАЖУ
ICC LEX MERCATORIA

Меморандум Ответчика

**Команды Юридического факультета Белорусского
государственного университета**

Артюхевич Александр

Лаптев Кирилл

Кмит Алексей

Тишковский Павел

Контактное лицо:

Артюхевич Александр

e-mail: artyuhevich@gmail.com

Минск
2012

Фабула дела:

01 января 2012 года ОАО "Пекарня № 5 – публичная компания, созданная в соответствии с законодательством Центространа (далее – Истец) заключила контракт купли-продажи № 1238-бис, взяв на себя обязательства Покупателя (далее – Контракт) с ООО "Сахар Трейдинг" (далее – Ответчик), компанией, созданной в соответствии с законодательством Центрострна, которая взяла на себя обязательства Продавца. Вместе именуемые – Стороны.

Согласовав по средствам электронной почты условия поставки первой партии товара, 10 января 2012 года Истец перевел авансовый платеж в размере 32 500 долларов США. 15 января 2012 года Ответчик отгрузил товар автомобильному перевозчику ООО "Европеревозки" (далее - Перевозчик), привлеченному Истцом в порту Балтийский, Западстан. В последствии, 10 февраля 2012 года отгруженный товар был конфискован таможенными органами Западстана в связи с несоответствием перевозимого товара заявленным в таможенной декларации сведениям. О конфискации товара Истец сообщил 14 февраля 2012 года Ответчику, который 21 февраля 2012 года в своём ответе указал, что считает свои обязательства по Контракту исполненными и потребовал оплаты оставшейся суммы в размере 32 500 долларов США.

28 февраля 2012 года лицензированный оценщик "Честная оценка" произвел оценку товара, который был предметом Контракта, оценив товар в 6 500 долларов США.

Истец, полагая, что Ответчик не выполнил свои обязательства по Контракту, 02 мая 2012 года обратился с Заявлением об арбитраже в соответствии с Арбитражным Регламентом Международной торговой палаты со следующими требованиями: 1) признать, что Ответчик существенным образом нарушил обязательства по Контракту, 2) признать правомерным расторжение Контракта Истцом, 3) взыскать с Ответчика сумму уплаченного аванса, а также проценты, 4) возложить на Ответчика расходы по арбитражному разбирательству.

Краткое изложение аргументов:

Международный арбитражный суд при Международной торговой палате не является органом, компетентным рассматривать спор, возникший между Сторонами. Арбитражный Регламент Международной торговой палаты не может быть применим при рассмотрении спора.

В случае если Суд сочтет себя компетентным, ответчик просит отказать в удовлетворении требований Истца в связи с надлежащим исполнением Ответчиком своих

обязательств, переходом рисков на Истца в силу пункта 1 статьи 67 Конвенции "О международной купле-продаже товаров" 1968 года.

Юрисдикционный орган:

Истец обратился в Международный арбитражный суд при Международной торговой палате (далее – Суд), считая его органом, компетентным по рассмотрению возникшего между Сторонами спора, ссылаясь на то, что Стороны согласовали, условие о том, что споры по Контракту передаются на разрешение Международной торговой палаты. Также на основании данного аргумента Истец полагает, что спор подлежит рассмотрению по Арбитражному Регламенту Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (вступил в силу 1 января 2012 года) (далее – Регламент).

Согласно пункту 2 статьи A.14 Контракта "в случае, если сторонам не удалось разрешить спор посредством переговоров в течение 30 дней с момента его возникновения, спор будет рассматриваться на русском языке арбитражем Международной торговой палаты в г. Центринске, Центростан, в составе трех арбитров".

Ответчик полагает, что Стороны не согласовали условие о передаче спора на разрешение Суда в силу следующих обстоятельств:

1. Рассматриваемое условие Контракта однозначно указывает лишь на способ рассмотрения спора – арбитраж (третейское разбирательство) при этом неверно определяя орган, компетентный по рассмотрению данного спора.

2. Стороны в Контракте указали на "арбитраж Международной торговой палаты". Буквальное толкование указанного положения указывает на то, что Международная торговая палата Сторонами подразумевалась как орган, компетентный рассматривать споры, которые могут возникнуть. Однако согласно уставным документам (Конституции¹ (приложение R 1)) Международная торговая палата не обладает компетенцией по рассмотрению споров путем арбитражного разбирательства. Уставными целями в силу статьи 1 Конституции являются: представление интересов, выражение мнения бизнеса, обеспечение роста, гармоничного развития торговли. При этом Конституция не содержит положений, указывающих на компетенцию Международной торговой палаты как таковой по рассмотрению споров.

3. Международная торговая палата имеет своё постоянное местонахождение в Париже, Франция. В то же время Стороны указали на "арбитраж Международной торговой палаты в г. Центринске, Центростан". Тем самым стороны согласовали место арбитража - г. Центринск, Центростан.

¹ http://www.iccwbo.ru/documents/konstitucia_icc1.pdf

4. Арбитражная оговорка, которую рекомендует использовать Суд, имеет следующее содержание:

"Все споры, возникающие из или в связи с настоящим договором, должны окончательно разрешаться в соответствии с Арбитражным Регламентом Международной торговой палаты одним или несколькими арбитрами, назначенными в соответствии с указанными Правилами".

Поскольку русский язык на данный момент не является официальным языком международной торговой палаты (на сайте Международной торговой палаты отсутствуют официальные переводы стандартных оговорок, а также Регламента²), обратимся к английской версии стандартной оговорки:

"All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules"

На английском языке Регламент именуется как "Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce".

Исходя из текста предлагаемой оговорки, следует вывод о том, что она из двух способов определения юрисдикционного органа (путем его именованя, или путем отсылки к его Правилам) содержит в себе только один. А именно отсылку на Правила (которые в данном случае являются Регламентом). При этом, как правило, арбитражными учреждениями в стандартной оговорке используются оба критерия. К примеру, арбитражная оговорка Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации содержит следующие положения:

"Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его Регламентом"³.

Таким образом, следует вывод о том, что надлежащая арбитражная оговорка, в соответствии с которой Суд является компетентным, должна содержать обязательное указание на Регламент. Данный вывод подтверждается и самим Регламентом, который в статье 6 определяет порядок выбора лишь Арбитражных Регламентов Международной торговой палаты в зависимости от даты их принятия. Также, статья 1 Регламента

² <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/standard-icc-arbitration-clauses/>

³ <http://www.tpprf-mkac.ru/ru/logov/ogovrus>

указывает, что Суд является единственным органом, уполномоченным на применение Регламента.

Даже если Состав арбитров сочтет возможным признания оговорки подлежащей путем указания в ней на арбитражный орган, Ответчик обращает его внимание, на то, что наименование подразумеваемого арбитражного органа приведено не полностью, а только в части. Полное наименование арбитражного учреждения – "Международный арбитражный суд при Международной торговой палате".

Так, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации счел себя некомпетентным по делу № 224/2010 от 09 августа 2010 года в связи с тем, что стороны в арбитражной оговорке указали " Споры, возникающие в рамках ненадлежащего исполнения обязательств данного Соглашения и не урегулированные посредством переговоров, должны направляться на рассмотрение в Арбитражный суд при Торгово-Промышленной палате Российской Федерации г. Москвы". Суд, посчитав себя некомпетентным, указал, что название арбитража, содержащееся в оговорке Соглашения, не соответствует точному названию, так как в наименовании "Арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации г. Москвы" отсутствует слова "международный" и "коммерческий". В связи с отмеченными несоответствиями в названиях арбитражных судов состав арбитража констатировал, что в силу этого возможно и различное толкование содержания арбитражной оговорки контракта.

Приведенный пример различного толкования содержания арбитражной оговорки, а также отсутствие явно выраженного намерения Сторон на передачу спора на разрешение Суда, имеет место и в данном споре. Так, Ответчик исходит из того, что в силу положений пункта 2 статьи А.14 Контракта Стороны могли согласовать арбитраж ad hoc, администрируемый Международной торговой палатой, в силу следующих причин:

1. Контракт содержит волеизъявление сторон на передачу возникающих споров на разрешение путем арбитража (третейского разбирательства).

2. Словосочетание "арбитраж Международной торговой палаты" следует понимать как третейское разбирательство, администрируемое Международной торговой палатой. Так, в соответствии с пунктом 1 статьи 1 Регламента Международной торговой палаты в качестве назначающего органа (Rules of International Chamber of Commerce as Appointing Authority)⁴ Международная торговая палата будет выступать в качестве назначающего органа в случаях, когда такая функция Международной торговой палаты предусмотрена в арбитражной оговорке.

⁴ <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/appointing-authority/rules-of-icc-as-appointing-authority/>

Таким образом, в отличие от арбитражной оговорки на передачу спора на разрешение институционального арбитража Суда, которая требует обязательной ссылки на его Регламент, оговорка о передаче спора на разрешение арбитражем ad hoc, администрируемого Международной торговой палатой, требует ссылки именно на данный орган, что и было сделано в Контракте.

3. Стороны в Контракте указали место арбитража – г. Центринск, Центростран. Тем самым очевидно волеизъявление Сторон на передачу спора на разрешение национальным арбитражем (с учетом применения правил места арбитража) с одновременным администрированием Международной торговой палатой.

Данное указание в Контракте носит специальный характер: поскольку Стороны учреждены по законодательству Центространа и имеют там своё постоянное местонахождение, а передача спора на разрешения иностранного арбитражного суда с учетом применения им законов места арбитража, может нарушать публичный порядок (путем лишения компетенции национальных судов (как государственных, так и арбитражных (третейских) по рассмотрению споров между национальными субъектами).

Аналогичное правило установлено в Республике Беларусь. Действующее законодательство не предоставляет право сторонам, местонахождение или местожительство которых находится в Республике Беларусь, заключать арбитражное соглашение об избрании для рассмотрения спора иностранного, в том числе иностранного международного арбитражного суда, а наличие в договоре такого соглашения между указанными сторонами недействительно в силу распространения юрисдикции хозяйственных судов на всю территорию Республики Беларусь.⁵

Нарушение данного публичного порядка может повлечь отказ в признании и приведении в исполнение решения арбитражного (третейского) суда.

Арбитражный регламент

В связи с тем, что, по мнению Ответчика, Стороны не согласовали условие о передаче спора на разрешение Суда, то Регламент является неприменимым, поскольку только Суд компетентен по его применению.

Поскольку Стороны согласовали арбитраж ad hoc, применение Регламента также становится невозможным в силу следующих обстоятельств:

⁵ Пункт 6 Постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 23.12.2005 N 34 (ред. от 31.10.2011) "О подведомственности споров после уступки требования или перевода долга"

1. В части администрирования Международной торговой палатой арбитража ad hoc, применяется Регламент Международной торговой палаты в качестве назначающего органа в силу указания на компетентный орган.

2. В силу пункта 1 статьи 1 указанного Регламента, он применяется при администрировании ЮНСИТРАЛ или других арбитражных разбирательств ad hoc. Таким образом, исключается применение Арбитражного Регламента Международного арбитражного суда при Международной торговой палате. Применимыми могут быть только специальные правила разбирательства в ad hoc арбитраже. Арбитражный Регламент Международной торговой палаты является регламентом институционального арбитражного учреждения и не может быть применим без прямой ссылки Сторон на него.

Соблюдение досудебного порядка урегулирования спора:

В случае если Состав арбитров все же сочтет себя компетентным рассматривать данный спор, Ответчик заявляет следующее. Стороны в Контракте установили, что только в случае, если посредством переговоров в течение 30 дней с момента возникновения спора, он не будет разрешен, дело подлежит рассмотрению арбитражем Международной торговой палаты.

Соблюдение доарбитражного порядка для Сторон является обязательным в силу договорной природы арбитражного разбирательства: Стороны в договоре по своему усмотрению могут установить как порядок обращения за арбитражным разбирательством, так и порядок самого разбирательства.

Из текста Контракта следует, что переговоры должны вестись непосредственно в связи с возникшим спором. Письмо Истца от 14 февраля 2012 года содержало предложение о надлежащей поставке первой партии товара (данный факт Истцом не оспаривается и изложен в Заявлении об арбитраже). В свою очередь Ответчик в письме от 21 февраля 2012 года сообщил о том, что считает свои обязательства в отношении первой партии товара полностью выполненными.

Данная переписка не может быть воспринята Составом арбитров в качестве переговоров в связи с возникшим спором, поскольку она велась исключительно по поводу текущего исполнения Контракта: на тот момент спора как такового не было, ни одна из сторон не заявила о его наличии.

Письмо Истца от 01 марта 2012 года содержало исключительно ультимативное требование о возврате аванса и заявление о расторжении Контракта, что также не говорит о предложении им проведения переговоров в связи с возникшим спором.

Ответчик обращает внимание состава арбитров на тот факт, что Истец полностью проигнорировал предложение по применению процедуры альтернативного разрешения споров (amicable dispute resolution) в соответствии с Регламентом Международного арбитражного суда по альтернативному разрешению споров International Chamber of Commerce Amicable Dispute Resolution Rules

Подводя итог, Ответчик обращает внимание состава арбитража на следующее:

Настоящий спор не является арбитрабельным, поскольку Истец, посчитав соблюденным обязательный доарбитражный порядок урегулирования спора, обратился с Заявлением об арбитраже в соответствии с Регламентом, который подразумевает компетентным органом Суд, а применимыми правилами разбирательства – Регламент.

Ответчик, в свою очередь, по причинам, указанным выше, считает Суд некомпетентным по рассмотрению настоящего спора, Регламент неприменимым, а доарбитражный порядок урегулирования спора несоблюденным.

Более того, по мнению Ответчика, передача спора на разрешения Суда на основе Регламента нарушает публичный порядок Центространа и может послужить основанием в отказе в признании и приведении в исполнение решения.

В случае если состав арбитров сочтет себя компетентным по рассмотрению спора, Ответчик по существу спора заявляет следующее:

Применимое право к Контракту

Статьей А.13. Контракта Стороны согласовали, что контракт и обязанности сторон по нему регулируются "основными принципами материального и процессуального права стран СНГ, а так же документами Международной торговой Палаты в той степени, в которой они являются применимыми".

Прежде всего, Ответчик обращает внимание на то, что сфера применения обязательственного статута, отраженная в пункте А.13. Контракта, является ограниченной Сторонами и включает только «данный Контракт и обязанности сторон по нему».

Применение выбранного сторонами права в отношении «данного Контракта», по нашему мнению, должно ограничиваться его формой, требованиям к заключению, изменению и расторжению, а также вопросу о действительности. При этом исполнение договора, последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения, а так же его прекращение выходят за пределы обязательственного статута.

В части же согласованного обязательственного статута Ответчик указывает на следующее. Рабочей группой по работе над сближением русского варианта Арбитражного регламента Международной торговой палаты⁶ с английским, понятие Rules of law (Нормы права) трактуется как нормы права какого-либо государства, а так же как нормы международного торгового права, которые могут применяться к предмету спора как самостоятельно, так и в дополнение к применимым нормам национального права. Данное понятие содержится в статье 21 Регламента, в которой определяются правила выбора применимого права. Однако данные положения не относятся к понятию принципов, указанных в Контракте.

Ответчик полагает, что невозможно обоснованно определить правовую систему, избранную Сторонами и применимую к Контракту в силу следующих обстоятельств:

1. Легальные определения "основных принципов материального и процессуального права стран СНГ", как и "принципов права стран СНГ" отсутствуют. Более того, понятие "страна СНГ" не является корректным и подлежащим использованию. Поскольку Стороны под "СНГ" с большей степенью вероятности (но не исключая иные допустимые варианты) понимали Содружество Независимых Государств (региональную международную организацию). Вместе с тем, Устав Содружества Независимых Государств в статье 1 и далее по тексту, использует термин "государство-член Содружества Независимых Государств".

2. Также и в доктрине в настоящее время не выработан подход к содержанию названных дефиниций. В юридической науке под принципами права понимают исходные и основополагающие начала, проявляющие сущность права. Вместе с тем, встает вопрос о том, какие принципы считать основными, и, более того, выбор тех или иных принципов не позволит заменить необходимое для разрешения спора применимое право в силу правовой природы принципов, которая заключается в формировании права в целом, а не путем казуального применения.

Д.Б. Лопатин и В.А. Абабков указывают⁷, что ссылка на систему права или на некие принципы права не является действительным выбором права сторонами и такой выбор права не будет принят во внимание арбитрами.

Закрепление в Контракте условия и применении "основных принципов материального и процессуального права стран СНГ" следует трактовать с учетом арбитражной практики, в частности, решений Международного арбитражного суда

⁶ http://www.iccwbo.ru/deatelnost/icc_documents/

⁷ <http://dspace.susu.ac.ru/handle/0001.74/1465>

Международной торговой палаты 13012, 12111 (приложение R 2), которые указывают, что если стороны согласились на регулирование контракта «общими принципами права», то подлежат применению принципы УНИДРУА, как основополагающие принципы, общие для всех правовых систем, а так же свод международных торговых обычаев, так называемое «*lex mercatoria*».

Помимо «основных принципов материального и процессуального права стран СНГ» в пункте 1 статьи А.13. Контракта Сторонами предусмотрено применение "документов Международной торговой палаты в той степени, в которой они являются применимыми". В качестве примера документов Международной торговой палаты можно привести , а так же Международные правила по толкованию соответствующих торговых терминов. Однако указанные документы имеют несколько редакций, каждая из которых не утрачивает своей силы после принятия последующей. Это усложняет решение вопроса о том, какой именно документ является применимым к существу спора.

Вместе с тем, Ответчик полагает, что документы Международной торговой палаты могут быть прямо применимы к соответствующим отношениям только в случае, когда данные документы носят императивный, обязательный характер.

Таким образом, Ответчик, с учетом положений Контракта, полагает, что положения пункта А.13.1. не устанавливают однозначно согласованного Сторонами способа определения применимого права.

Пункт 1 статьи 21 Регламента закрепляет, что при отсутствии выбора сторонами норм права, которые должны применяться Составом арбитров к существу спора, Состав арбитров применяет нормы права, которые сочтёт подходящими.

Вместе с тем, в соответствии с пунктом 2 статьи 21 Регламента, состав арбитража принимает во внимание любые соответствующие торговые обычаи.

На основании данной нормы состав арбитража должен применять нормы Конвенции Организации Объединенных Наций от 11 апреля 1980 года "О договорах международной купли-продаже товаров" (далее – Венская конвенция) в качестве торгового обычая в силу следующего:

1. торговый обычай представляет собой общепризнанное правило, сложившееся в сфере торговли на основании постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений;

2. несмотря на то, что Сторонами Контракта являются субъекты, находящиеся под юрисдикцией одного и того же государства – Центространа, характер фактических отношений между Истцом и Ответчиком носил международный (внешнеторговый

характер) в связи с тем, что товар, являющийся предметом Контракта ввозился из-за границы.

Данный вывод также нашел своё отражение в судебной практике международных арбитражных судов, и, в частности, Решением Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации по делу № 108/1994 от 10 февраля 1998 года⁸ признан внешнеторговой сделкой контракт, заключенный фирмами, находящимися на территории одного государства (Российской Федерации), поскольку его предметом являлась поставка товара из-за границы;

3. Венская конвенция по своей сути является торговым обычаем в связи с тем, что, несмотря на свой нормативный характер, носящий форму международного договора, она разрабатывалась негосударственной организацией - Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (далее – ЮНСИТРАЛ), которая при её разработке учитывала национальные правила регулирования, сложившуюся деловую практику, формировавшуюся с 1930 года (года начала работы над Конвенцией), в том числе учитывались замечания, высказанные после принятия Конвенции "О международной купле-продаже товаров" 1968 года (далее – Венская конвенция) с учетом мирового делового оборота.

Таким образом, Венская конвенция, отражает сложившиеся обычаи международного оборота применительно к договорам международной купли-продажи товаров. По своей сути она является нормативным объединением правил, унифицировавшим правовое регулирование договоров международной купли-продажи и сложившихся обычаев деловой практики и оборота.

Существо спора:

Стороны в Контракте установили следующее условие поставки: «DAF граница Западстан-Центростан» (пункт А.3.1. Контракта). Ответчик считает, что данным условием Контракта Стороны не согласовали применение именно Международных правил толкования торговых терминов Международной торговой палаты " 2000" (далее - 2000).

Во-первых, употребление выражения «DAF» не указывает на его какое-либо определенное содержание. Стороны в Контракте не предусмотрели ее расшифровки либо отсылки к конкретному документу, который содержит определение данного термина.

Содержание аббревиатуры DAF имеет следующее применение на практике. DAF (англ. Desert Air Force) — Пустынные военно-воздушные силы; DAF (нем. Deutsch-Amerikanische Freundschaft) — музыкальный коллектив из Дюссельдорфа; DAF Trucks —

⁸ <http://www.lawmix.ru/vas/165838>

нидерландский производитель автомобилей; DAF (англ. Delivered At Frontier) — одно из правил ИНКОТЕРМС; DAF (нем. Deutsche Arbeitsfront) — «Германский трудовой фронт».

По крайней мере, две из вышеприведенных расшифровок могут иметь какой-либо смысл в рамках Контракта. Так, стороны могли, как сослаться на базис ИНКОТЕРМС, так и на транспортное средство определенного производителя (грузовой автомобиль DAF).

Данное обстоятельство еще раз подтверждает возможность совершенно различного толкования указанного положения Контракта.

Если же Состав арбитров сочтет, что при употреблении DAF стороны подразумевали отсылку к понятию, указанному в базисе ИНКОТЕРМС, то Ответчик хочет пояснить следующее. Стороны указывают на значение, которое аббревиатура DAF содержит в ИНКОТЕРМС, но тем самым не согласовывают применение базиса. Таким образом, в пункте А.3.1. Контракта указывается: Delivered At Frontier (поставлен на границу) граница Западстан-Центростан. Тем самым стороны могли согласовать направление на границе, куда товар должен быть доставлен.

Если же Состав арбитров сочтет, что при употреблении DAF стороны подразумевали отсылку к непосредственно к базису ИНКОТЕРМС, то ответчик считает необходимым пояснить следующее. Базис DAF можно обнаружить в различных предыдущих редакциях ИНКОТЕРМС (например, 1980, 1990, 2000 годов). Последняя же действующая редакция ИНКОТЕРМС 2010 не включает в себя термин или аббревиатуру «DAF». Каждая последующая редакция ИНКОТЕРМС не отменяет предыдущую, и стороны зачастую используют различные версии базисов. Таким образом, однозначно установить, на базис какой именно версии ИНКОТЕРМС сослались стороны не представляется возможным.

Чтобы избежать конфликта между сторонами, необходимо, чтобы в тексте международного контракта всегда делалась четкая ссылка на применяемую сторонами для данного контракта редакцию ИНКОТЕРМС. Данной цели в определенной степени служит процедура парафирования контракта, заключающаяся в том, что стороны подписывают не только последнюю страницу контракта, но все его страницы (в нижнем колонтитуле записи – «от имени продавца» и «от имени покупателя»⁹. Кроме того, как считает Рамберг Ян, Сторонам рекомендуется включать в контракт при согласовании соответствующего торгового термина слова «ИНКОТЕРМС 2000»¹⁰. Если бы Стороны имели действительное намерение привязать условия Контракта к ИНКОТЕРМС, они

⁹ ИНКОТЕРМС 2000: Постатейные комментарии с иллюстрациями / В.Н.Марьяненко и др., 2005. с.10-11

¹⁰ Комментарий МТП к ИНКОТЕРМС 2000. Толкование и практическое применение. Публикация МТП №620. Изд. «Консалтбанкир», 2003./ Рамберг Я и др. с. 10

непосредственно в самом тексте Контракта сослались бы на ИНКОТЕРМС в конкретной редакции.

Кроме того, ИНКОТЕРМС не единственный документ, содержащий толкование торговых терминов. Примером такого документа может служить Единообразный торговый кодекс США 1952 года.

Даже если Состав арбитров сочтет, что DAF употреблен сторонами в Контракте как термин ИНКОТЕРМС (не отрицая возможность неприменения данных Правил), Сторонами не согласован конкретный пункт на границе Западстан-Центростан для поставки товара. При этом Ответчик не отрицает, что Стороны могут предусмотреть отсылочную норму, но она должна быть однозначно согласованной.

В самом Введении к базису DAF сказано, что «продавец выполнил поставку, когда он предоставил неразгруженный товар... в распоряжение покупателя **в названном пункте или месте на границе...**», т.е. должно быть четко определено место доставки товара. Как разъясняется далее во Введении, «под термином "граница" понимается любая граница, включая границу страны экспорта. Поэтому весьма важно точное определение границы путем указания на конкретный пункт или место». Таким образом, неуказание в Контракте конкретного места поставки товара создает значительные затруднения для Продавца, и, в свою очередь, еще раз говорит о несогласованности данного условия поставки товара.

Как считает Марьяненко В.Н., необходимо четко понимать, что сами по себе трехбуквенные аббревиатуры ИНКОТЕРМС еще ничего окончательно не разрешают относительно условий поставки. Они всегда должны применяться в комбинации с указанием на определенное место в международном торговом пространстве или географическом сечении глобальной маркетинговой среды. Для условия поставки DAF всегда должна быть придана ссылка, точно определяющая то место на границе, куда должна быть осуществлена поставка¹¹.

В случае, если состав арбитров посчитает, что Стороны согласовали применение Инкотремс 2000, базис DAF, указанный сторонами, будет разрушен, так как в самом базисе не содержится указание на то, что он может быть изменен.

Единственное указание об изменении базиса DAF содержится в п.11 Введения к ИНКОТЕРМС 2000, где сказано, что если стороны желают, чтобы продавец взял на себя обязанности по разгрузке товара с прибывшего транспортного средства и нес все риски и расходы за такую разгрузку, то это должно быть четко оговорено в соответствующем дополнении к договору купли-продажи. И даже это условие не было изменено

¹¹ ИНКОТЕРМС 2000: Постатейные комментарии с иллюстрациями / В.Н.Марьяненко и др., 2005. С.10-11

надлежащим образом: в пункте А.3.5 Контракта лишь предусмотрена обязанность Продавца по отгрузке товара.

Ключевым моментом данного вопроса является следующее. Согласно условиям Контракта транспорт обеспечивается Покупателем (пункт А.3.4. Контракта). Однако согласно условиям DAF ИНКОТЕРМС 2000 в подпункте i) пункта А.3 базиса «продавец обязан заключить за свой счет на обычных условиях договор перевозки по поставке товара в названный пункт», т.е. имеется несоответствие в части условия перевозки, указанном в Контракте и базисе. Именно данный пункт – п.4 ст.А.3 – разрушает (отменяет) базис DAF ИНКОТЕРМС 2000. Таким образом, когда Продавец передал перевозчику товар и товаросопроводительные документы, он считается выполнившим свою обязанность по поставке перед Покупателем.

В подтверждение данного вывода приведем дело № 3-95, рассмотренное МАС при БелТПП 6 февраля 1995 г., связанное с использованием сторонами базиса поставки FOB и последующим его разрешением. Несмотря на то, что во время рассмотрения дела действовала еще редакция ИНКОТЕРМС – 90, его можно привести в качестве примера, поскольку содержание термина FOB в редакции ИНКОТЕРМС – 2000 не изменилось (приложение R 3)¹².

Как считает Функ Я.И., «в рамках одного и того же договора международной купли-продажи товаров наряду с определением условий поставки товара на основе соответствующего торгового термина «ИНКОТЕРМС 2000», «недопустимо» одновременно регламентировать права и обязанности сторон договора в противоречии с условиями соответствующего термина, и тем самым создавать конфликт внутри договора (при этом приоритет, как правило, «отдается» взаимосогласованным непосредственно в самом договоре условиям по сравнению с условиями торгового термина, указанными в договоре)¹³. Таким образом, можно говорить о том, что базис будет разрушен и, следовательно, ИНКОТЕРМС, не подлежит применению.

Необходимо также помнить, что ИНКОТЕРМС представляет собой определенным образом структурированную систему, поэтому разрушение базиса как элемента данной системы приводит к невозможности ссылаться на эту систему в подтверждение своих доводов. Применяться в данном случае должны согласованные Сторонами условия Контракта.

¹²Решение Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате от 06.02.1995 (дело N 3-95) // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012

¹³ Функ Я.И. Право международной торговли: договоры международной купли-продажи товаров и международного торгового . Кн. 2. Частно-правовая унификация международной купли-продажи товаров, 2005. С.-57

Что касается перехода рисков, то следует обратить внимание на следующее. Согласно пункту А.6.1. Контракта Продавец удерживает право собственности до момента поставки. В связи с тем, что ИНКОТЕРМС 2000 не применяются, для определения момента перехода рисков необходимо обратиться к Венской конвенции. Согласно п. А.3.5. Контракта товар отгружается Продавцом автомобильному перевозчику, заказанному Покупателем в порту Балтийский. В данном условии Контракта не определено место, где должна быть осуществлена передача товара Продавцом Перевозчику. По этой причине, в соответствии с пунктом 1 статьи 67 Венской конвенции, если договор купли-продажи предусматривает перевозку товара и продавец не обязан передать его **в каком-либо определенном месте**, риск переходит на покупателя, когда товар сдан первому перевозчику для передачи покупателю в соответствии с договором купли-продажи. В данном случае, риски переходят к Покупателю с момента передачи товара Перевозчику, назначенному Покупателем, причем, как это распространено в международной практике, риск переходит независимо от того, кто обладает правом собственности на товар - продавец или покупатель (приложение R 4)¹⁴.

Кто несет ответственность за действия перевозчика, и как это влияет на заявленные в настоящем арбитраже требования?

Статьей А. 3. Контракта Стороны установили следующее: перевозка товара производится автомобильным транспортом из порта Балтийский, Западстан, до склада Покупателя. Транспортировка до границы Западстан-Центростан оплачивается Продавцом. Транспорт обеспечивается Покупателем.

При этом сторонами не согласован конкретный географический пункт, точное место на границе, в котором Продавец считается исполнившим свои обязательства по транспортировке груза, несению риска случайной гибели или порчи товара. Однако указанное место является ключевым термином DAF «Поставка до границы».

16 января 2012 года партия товара, который транспортировал Перевозчик, была арестована таможенными органами Западстана на пограничном переходе «Восточный Централ» при прохождении таможенной очистки для экспорта.

В соответствии с решением Центрального районного суда Восточной провинции Западстана, товар был арестован в связи с несоответствием сведение о происхождении

¹⁴ [Federal] Southern District Court of New York, United States, 26 March 2002 (St. Paul Guardian Ins. Co. v. Neuromed Medical Systems & Support GmbH), электронный ресурс: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/020326u1.html>, дата доступа – 10.11.12, 15.00

декларируемого товара указанным в таможенной декларации, а также недействительности документа о происхождении товара.

В связи с вышеизложенным Покупатель заявил, что все риски потери или повреждения товара лежат на Продавце. В качестве аргументации он указал, что таможенную декларацию перевозчик составлял на основании предоставленных Продавцом данных и то, что согласно п. А 2. DAF ИНКОТЕРМС 2000 Продавец обязан выполнить, если это потребует, все таможенные формальности для экспорта товара то ответственность за прохождение таможенной очистки для экспорта несет Продавец.

Также Покупатель указал, что действия перевозчика на границе, в частности заполнение декларации, основывались исключительно на данных, предоставленных Продавцом. Аналогичную позицию Покупатель выразил, указав, что перевозчик предоставил документ о происхождении товара, который ему передал Продавец, и, следовательно, Покупатель не мог знать о его недействительности. Однако это фактическое обстоятельство не следует из рассматриваемых материалов дела.

Ответчик по заявленным доводам Истца считает необходимым пояснить следующее.

Стороны при заключении Контракта не согласовали использование базисов ИНКОТЕРМС (см. раздел Меморандума «Существо спора»). Таким образом, обязанность по прохождению товаром экспортной очистки и, соответственно, несение рисков до этого момента на Ответчика не возлагалось в рамках заключенного Контракта.

Если же Состав арбитров не согласится с вышеуказанными доводами, то Ответчик разъясняет следующее.

При употреблении в качестве условий Контракта базиса DAF ИНКОТЕРМС 2000 Стороны пунктами А.3.4. и А.3.5. Контракта изменяют положения указанного базиса в отношении перевозки товара до границы. Данные изменения влекут за собой изменение в отношении положений о рисках и моменте поставки товара, а следовательно, и перехода права собственности. Это обосновывается тем, что договор перевозки является самостоятельным обязательством между Истцом и Перевозчиком, и, следовательно, Ответчик не имеет возможности предъявить какие-либо требования к Перевозчику по причине отсутствия между ними правовой связи (в частности, заключенного договора перевозки).

К тому же, как уже отмечалось, в соответствии с пунктом 1 статьи 67 Венской конвенции, если договор купли-продажи предусматривает перевозку товара и продавец не обязан передать его в каком-либо определенном месте, риск переходит на покупателя, когда товар сдан первому перевозчику для передачи покупателю в соответствии с

договором купли-продажи. В данном случае, риски переходят к Покупателю с момента передачи товара Перевозчику, назначенному Покупателем.

Каким образом тот факт, что при реализации товара было выявлено его ненадлежащее качество, влияет на заявленные в настоящем арбитраже требования?

Истцом в Заявлении об арбитраже упоминается, что 28 февраля 2012 года, после конфискации таможенными органами первой партии товара, была произведена её оценка с последующим уменьшением стоимости. Данное уменьшение стоимости обосновывается низким качеством товара в силу значительного превышения допустимой влажности товара.

Данный факт не должен восприниматься составом арбитража, поскольку он не имеет отношения к существу рассматриваемого спора. На его основе невозможно сделать вывод о степени исполнения обязательств какой-либо из сторон, поскольку он не обладает доказательственной силой в силу следующих обстоятельств:

1. Ответчик поставил товар надлежащего качества, исполнив своё обязательство надлежащим образом. Качество товара подтверждено сертификатом соответствия (последнее испытание проводилось 02 января 2012 года – накануне его отправки) и сертификатом происхождения товара. Перевозчиком при приемке товара не было сделано никаких замечаний о его качестве.

2. В акте оценке товара не указаны условия, в которых он хранился более одного месяца (с момент конфискации и до проведения соответствующей оценки). Поскольку данные условия могли быть непригодны для хранения данного товара с учетом его свойств, Ответчик правомерно полагает, что качество товара ухудшилось вследствие его ненадлежащего хранения. Обязанность Ответчика передать товар соответствующего качества исполнена надлежащим образом.

На основании изложенного Ответчик просит Суд не учитывать факт ухудшения качества товара, констатированный в акте оценки товара.

На основании изложенного выше, Ответчик просит Суд:

- (i) Признать, что Суд не имеет юрисдикции по настоящему спору;
- (ii) Полностью отказать в заявленных Истцом требованиях;
- (iii) Возложить на Истца все расходы, связанные с настоящим разбирательством.

Ответ на позицию Истца:

Истец признает тот факт, что Сторонами заключена "патологическая оговорка - как результат ее неопределенности, неполноты и других дефектов, не позволяющих установить действительное волеизъявление сторон на заключение арбитражного соглашения". Вместе с тем, Истец утверждает о компетенции Суда по настоящему спору, в том числе без должного обоснования указывает, что Регламент является применимым. В обоснование применения Регламента приводится лишь довод о том, что только данный Регламент "предусматривает формирование и порядок рассмотрения споров арбитражем". Вместе с тем Истцом проигнорирован факт существования иных Правил, коим может являться, к примеру, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ.

Истец неправомерно ссылается на пункт 1 статьи 6 Регламента при определении применимости Регламента, поскольку данный пункт применяется только в том случае, если стороны сослались на Регламент в оговорке, чего в статье А.14 Контракта сделано не было.

Также Истец в своих доводах ссылается на "принципы гражданского процессуального права стран СНГ", "законодательство СНГ и международные документы" проигнорировав необходимость обоснования применимого права в целом, ни приведя конкретных аргументов по применению указанных принципов, ни определив, что следует понимать под "законодательством СНГ" (по мнению Ответчика, данную конструкцию использовать некорректно), не подтвердив факт наличия "принципов гражданского процессуального права стран СНГ", "законодательства СНГ".

Искажение фактов имело место в случае определения Истцом границы. Так, он указывает, что "границей является остановка Западстан-Центростан" в то время как Контракт не содержит условий о соответствующем пункте.

Истец неправомерно делает вывод о ненадлежащем качестве товара, без приведения должных аргументов и доказательств.

Во всем остальном в качестве контрдоводов на позицию Истца, просим состав арбитров руководствоваться позицией, представленной выше.

R 1

a. represent trade, industry, finance, transport, insurance and, in general, all sectors of international business;

b. ascertain the views of corporations, companies, organisations, firms and individuals involved in international trade and related business operations and voice them to the relevant intergovernmental institutions and, through its National Committees, Groups and Direct Members, to their governments and other bodies in their respective countries;

c. assure effective and consistent action in the economic and legal fields in order to contribute to the harmonious growth and the freedom of international commerce;

d. provide practical and expert services to the international business community;

e. encourage effective rapprochement and cooperation among businessmen in different countries and among the organisations that bring them together.

a. представлять торговлю, промышленность, финансы, транспорт, страхование и иных во всех секторах международного бизнеса;

b. выяснить мнение корпораций, компаний, организаций, фирм и лиц, вовлеченных в международную торговлю и операции, связанные с бизнесом и выразить их в соответствующих межправительственных институтах и через свои Национальные комитеты, группы и прямых участников, их правительства и через другие органы в своих странах;

c. обеспечение эффективных и последовательных действий в экономической и правовой сферах в целях способствовать гармоничному росту и свободы международной торговли;

d. оказание практической и экспертных услуг в международном бизнес-сообществе;

e. поощрение эффективного сближения и сотрудничества между предпринимателями в различных странах и среди организаций, свести их вместе.

R 2

Date/Дата: 00.00.2004

Country/Суд: Arbitral Award/Арбитражное решение

Number/Номер: 13012

Court/Суд: ICC International Court of Arbitration/МАС ICC

Parties/Стороны: Unknown/Неизвестны

Citation/Источник цитирования: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1409>

CONTRACT BETWEEN A FRENCH COMPANY AND A U.S. COMPANY SILENT AS TO THE APPLICABLE LAW – ONE PARTY INVOKED APPLICATION OF FRENCH LAW, THE OTHER APPLICATION OF THE LAW OF THE STATE OF ILLINOIS – ARBITRAL TRIBUNAL FOUND THAT NONE OF THE CONNECTING FACTORS WITH ONE OR THE OTHER DOMESTIC LAW WAS COMPELLING AND DECIDED TO BASE ITS DECISION ON GENERAL PRINCIPLES OF LAW OR THE LEX MERCATORIA – RECOURSE TO THE UNIDROIT PRINCIPLES “AS A PRIMARY SET OF GUIDELINES IN DETERMINING INTERNATIONAL RULES OF LAW APPLICABLE TO THE PARTIES’ CONTRACT”.

Контракт между французской и американской компаниями. Один участник ссылается применение французского законодательства, другой - на законы штата Иллинойс.

Арбитражный суд не принял позицию ни одной из сторон и и вынес решение на основе общих принципов права или *lex mercatoria* - обратившись к принципам УНИДРУА «в качестве основного набора руководящих принципов, применимого к контракту».

Date/Дата: 06.01.2003

Country/Страна: Arbitral Award/Арбитражное решение

Number/Номер: 12111

Court/Суд: ICC International Court of Arbitration/ МАС ICC

Parties/Стороны: Unknown/Неизвестны

Citation/Источник цитирования: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=956>

INTERNATIONAL SALES CONTRACT REFERRING TO "INTERNATIONAL LAW" AS THE LAW GOVERNING THE CONTRACT - TO BE UNDERSTOOD AS REFERENCE TO THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW AND THE LEX MERCATORIA -

APPLICATION OF THE UNIDROIT PRINCIPLES (PARAGRAPH 3 OF THE PREAMBLE OF THE UNIDROIT PRINCIPLES)

Применение к договору международной купли-продажи международного права есть отсылка к общим принципам права и *lex mercatoria*, что означает применение принципов УНИДРУА (пункт 3 преамбулы Принципы УНИДРУА).

Решение Международного арбитражного суда при Белорусской торговой-промышленной палате от 06.02.1995 (дело N 3-95)

Заслушав представителя истца, а также изучив представленные истцом документы по делу, состав суда установил, что

Истец и ответчик заключили в г.Минске контракт, по которому истец взял на себя обязательство поставить ответчику товар, а ответчик - произвести соответствующую оплату. Во исполнение обязательства истец поставил необходимое количество товара ответчику. Однако ответчик полностью не оплатил поставленный товар.

Ответчик признал задолженность по оплате поставленного ему товара, но заявил о своем праве удержать из покупной цены определенную денежную сумму, которая состоит из:

1. стоимости транспортировки от белорусско-литовской границы до порта Калининград;
2. стоимости перевалки и погрузки товара на борт судна в упомянутом порту;
3. оплаты таможенных расходов в Бельгии.

Состав суда считает, что ответчик не имеет права на перечисленные выше удержания по следующим основаниям.

Заключенный сторонами контракт содержал указание на ФОб Клайпеда. Однако в соответствии с п. 10 подписанных сторонами "Основных условий и сроков поставки и оплаты", являющихся составной частью упомянутого контракта, "все издержки, налоги, таможенные пошлины и сборы на территории Республики Беларусь, связанные с подписанием и выполнением настоящего контракта, несет Продавец, а вне территории РБ - Покупатель". Этот пункт условий разрушил (отменил) базу ФОб. Следовательно, отношения между сторонами регулируются не ФОб, а п. 10 упомянутых "Основных правил". Поэтому возлагать их на истца (продавца) нет оснований.

Ответчик попытался восстановить ФОб в качестве базы контракта посредством заключения нового договора, проект которого был передан истцу. Однако истец данное предложение не принял.

Исходя из вышеизложенного суд удовлетворил заявленные истцом требования.

Приложение

DATE OF DECISION: 20020326 (26 March 2002)

TRIBUNAL: U.S. District Court for the Southern District of New York [federal court of 1st instance]

CASE NUMBER/DOCKET NUMBER: 00 Civ. 934 (SHS)

St. Paul Guardian Ins. Co. v. Neuromed Medical Systems & Support GmbH

Under the CISG, the passage of risk is likewise independent of the transfer of title. See CISG art 67(1). Chapter IV of that Convention, entitled "Passing of Risk," explicitly defines the time at which risk passes from seller to buyer pursuant to Article 67(1),

"If the contract of sale involves carriage of the goods and seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place." CISG, art 67(1)..

Дата принятия решения: 20020326 (26 марта 2002)

ТРИБУНАЛ: Окружной суд США по Южному округу Нью-Йорка [федеральный суд первой инстанции]

НОМЕР ДЕЛА / реестр №: 00 Civ. 934 (СВС)

St. Paul Guardian Ins. Co. v. Neuromed Medical Systems & Support GmbH

В соответствии с КМКПТ, переход риска также не зависит от передачи прав собственности. Глава IV этой Конвенции, озаглавленная "Переход риска", четко определяет время, в котором риск переходит от продавца к покупателю в соответствии со статьей 67 (1),

"Если договор купли-продажи предусматривает перевозку товара и продавец не обязан передать его в каком-либо определенном месте, риск переходит на покупателя, когда товар передан первому перевозчику для передачи покупателю в соответствии с договор купли-продажи. Если продавец обязан сдать товар перевозчику в каком-либо определенном месте, риск не переходит на покупателя, пока товар не сдан перевозчику в этом месте. (КМКПТ, 67 (1)).