

Использование обычая, делового обыкновения, заведенного порядка, хода исполнения договора при толковании коммерческого договора

Федоренко Анастасия Сергеевна

Студент (магистр)

Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова, Юридический факультет, Кафедра коммерческого права и основ правоведения, Москва, Россия

E-mail: fedorenkoanastasya@yandex.ru

Пункт 2 статьи 431 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) упоминает в качестве элементов толкования договора практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи и последующее поведение сторон, в силу чего необходимо проанализировать существо и условия использования данных категорий в рамках толкования договора.

1.1. Обычай

Следует начать анализ с обычая: основным исследовательским вопросом является определение того, чем является учет обычая при толковании договора, а также того, к какому подходу к толкованию он относится: к объективному или субъективному.

В первую очередь необходимо отметить, что понимание обычая неоднородно, и в широком смысле он может охватывать деловое обыкновение, что характерно для правопорядков общего права и актов МЧПУ. Обособление обычая в смысле источника права от делового обыкновения как части волеизъявления сторон имеет ключевое значение для понимания механизма их использования при толковании коммерческого договора.

Обычай - это представление о том, как оно делалось и делается в настоящий момент, а как это будет в будущем - отдельный вопрос, к обычаю отношения не имеющий. Обычай - не просто правило поведения, а единственное, четко определенное, не допускающее споров правило. Покуда обычай существует только в головах коммерсантов и перестает быть таковым при его фиксации в письменной форме, видится, что, то, что, по сути, фигурирует в судебных спорах, обычаем в самом деле не является, а судья использует при толковании договора лишь объективные свидетельства того, что под соответствующим условием понимают все лица в соответствующей области (объективное толкование). Обычай же в подлинном его смысле может использоваться лишь при толковании договора самими сторонами- коммерсантами.

В общем и целом обычай (как и деловое обыкновение, заведенный порядок) может использоваться при толковании и исполнении договора. При этом грань между двумя процессами весьма трудно провести. В первом случае данные обстоятельства применяются скорее для уточнения, расшифровки условия, которое нашло отражение в соглашении (как в предельно ясном, так и в весьма общем виде). Во втором воля сторон выясняется и исполняется условиями, вообще не выраженными в соглашении.

Разницу необходимо проиллюстрировать на примерах. Представим себе следующие условия договора и сопутствующие пояснения к ним:

- *Поставщик обязуется передать N ткани “высшего качества” (“first quality”)*

В деле Foxco Indus. Ltd. v. Fabric World, Inc. вопрос заключался в том, допустимы ли в поставляемой ткани “высшего качества” недостатки: суд разрешил спор на основании изучения отраслевых стандартов Knitted Textile Association, указывающих на то, что определенные типы и количество дефектов допустимы в ткани высшего качества.

- *Поставщик обязуется передать N поросят высшего качества, отлученных от груди в раннем возрасте - (“High Quality segregated early weaned (SEW) pigs”)*

В деле Trumm v. Feeder’s Supply, Inc. суд пришел к выводу о том, что “поросята высшего качества SEW должны содержать согласно обычаю 51 % постного мяса.

- *Поставщик обязуется передать весь хлопок выращенный на 400 акрах*

В деле Loeb Co., Inc. v. Martin фермер посадил хлопок по схеме с пропуском рядов, что дало более низкий урожай с акра, чем если бы хлопок был посажен традиционным способом, поэтому суд на основании того, что в 1973 г. в месте нахождения контрагентов существовала практика посадки хлопка первым способом, встал на сторону фермера.

- *Поставщик обязуется передать “бесплодную” (“barren”) лошадь*

Суд определил “бесплодная” как не включающую “абортированная”.

- *Товар поставляется на условиях «франко-узел учета» (или «FOB Стокгольм»)*

Необходимо отметить, что помимо стандартных базисов поставки ИНКОТЕРМС существуют разрабатываемые на их основе новые термины (например, «франко-узел учета» или «франко-склад продавца»), а также различия в их толковании в зависимости от страны или даже порта.

- *Товар должен иметь обычное экспортное качество продавца*

Суд на основании представленного свидетельства наличия обычного правила по определению обычного экспортного качества пришел к выводу о том, что часть поставленного товара не отвечала данному стандарту.

- *Поставщик обязуется передать 500 тонн сахара-песка*

С первого взгляда данное условие кажется абсолютно ясным, если не знать обычая, существующего в международной торговле: для товара прибывшего морем и не определяемого поштучно допустима погрешность “в ту или другую сторону не более чем на 10 %; для льна, пакли и пеньки — не более чем на 5 %; для хлеба, семян и лесных товаров . . . 3,333 %.

- *Отгрузка товара осуществляется немедленно по открытии навигации*

Согласно обычаю данная формулировка означает то, что “груз должен быть доставлен в порт настолько заблаговременно, чтобы его погрузка на морское судно могла быть произведена в течение трех, а в Балтийском море — в течение двух недель после открытия навигации”.

- *Товар поставляется в начале марта 2023 г.*

«В начале (месяца)» согласно обычаю означает “не ранее первого и не позднее 10 числа назначенного месяца”

- *Окончательный расчет производится в течение 10 банковских дней*

В сроки, исчисляемые банковскими днями, не включаются нерабочие дни.

- размер арендной платы, которая устанавливается из расчета 15 у.е. за один кв.м. в месяц в сумме, эквивалентной курсу **доллара** в рублях по курсу ЦБ на день оплаты.

Обычно валютой долга на территории Российской Федерации являются доллары США.

В перечисленных случаях суду было необходимо определить референцию используемого в договоре понятия или выражения. В свою очередь, при восполнении договора воля к установлению какого бы то ни было условия отсутствует. Так, например, восполнением договора является определение при наличии пробела в договоре обычного размера неустойки, критерия для установления возможной прибыли стороны договора, расчет неустойки за каждый день просрочки и др.

1.2. Деловое обыкновение, заведенный порядок, ход исполнения договора

Если применение обычая индифферентно отношению к нему сторон, то считается, что деловое обыкновение, заведенный порядок, ход исполнения договора являются частью их волеизъявления, поэтому отчасти применимость данных институтов при толковании договора зависит от субъективных факторов: знания и желания ими руководствоваться. На примере сравнения английского и американского договорного права мы можем увидеть, что указанные условия применения не безусловны: так, если в первой правовой системе сохранилось обозначенное разделение, то в США торговое обыкновение *носит более объективный характер*: “суды США, как правило, не проводят различия между требованием знания обыкновения сторонами и намерением руководствоваться им”. При наличии доказательств существования и знания (которое зачастую обосновывается исходя из позиции разумного лица) обыкновения, намерение им руководствоваться презюмируется. Также необязательно, чтобы стороны договора считали, что обыкновение является обязательным. Объективизацию можно увидеть и в действии таких институтов: чтобы не допустить их применение, необходимо предусмотреть прямое условие об исключении указанных категорий.

Более того, использование обыкновения рассматривается иногда как элемент объективного, внешнего по отношению к воли сторон порядка. Данный подход прослеживается и в некоторых актах МЧПУ. Например, положения Кодекса европейского договорного права прямо не требуют, чтобы стороны “знали или должны были знать” об обыкновении. Вместо этого суд ориентируется на то, применимо ли это обыкновение к коммерсантам, находящимся в той же ситуации, что и стороны.

Указанные обстоятельства позволяют сблизить использование обычая (с указанными ранее оговорками) и обыкновения при толковании договора.

Упомянув деловое обыкновение, заведенный порядок, ход исполнения договора, необходимо определить очередность их применения при толковании договора. В силу описанных ранее обстоятельств они должны иметь приоритет над обычаем, однако, встает вопрос о том, в каком отношении указанные категории находятся к друг другу. Заведенный порядок охватывает собой ход исполнения договора в той мере, в которой последнее ему не противоречит. Видится, что ход исполнения договора должен иметь приоритет, так как напрямую связан с определенным договором, однако с единственной оговоркой о том, что он должен носить не разовый, а повторяющийся характер, способный породить определенное правило. Если же в рамках исполнения договора одна из сторон совершила разовое действие или бездействие, то его можно рассматривать в рамках других институтов (в т.ч. - запрета на противоречивое поведение). Например, если сторона договора потребовала предоставления обеспечения, предусмотренного договором спустя два года после его заключения, и только, когда договор был пролонгирован на новый срок, а обязательство было исполнено в полном объеме и надлежащие сроки, то в данном случае имеет место скорее противоречивое поведение, нежели “соглашение сторон о неприменении условий” об обеспечении в соответствии с ст. 5 ГК РФ.

Немногочисленные случаи обоснования правовой позиции российскими судами с опорой на п. 2 ст. 431 ГК РФ в части использования “обычая” при толковании договора, таким образом относятся либо к собственно толкованию, либо к восполнению, либо вовсе являются ошибочными или отказными с ссылкой на их противоречие согласованным между сторонами договорным условиям.

1.3. Целесообразность использования делового обыкновения, заведенного порядка, хода исполнения договора при его толковании.

Привлечение в процесс толкования коммерческого договора указанных обстоятельств ставится под сомнение в рамках критики подхода ЕТК США. В ЕТК одним из его создателей К. Левеллином заложена идея о том, что деловое обыкновение, заведенный порядок, ход исполнения договора являются лучшим показателем намерений сторон, индикатором “реального соглашения”. Лиза Бернштейн ставит довольно интересный и смелый вопрос: на основании чего существует уверенность, что фактические действия сторон будут являться прямым следствием того, что зафиксировано в письменном договоре? По ее мнению, стороны могут регулировать свои отношения двумя типами норм: нормами сохранения отношений и нормами “конца игры”. Нормы сохранения отношений рассчитаны на осуществление запрограммированной правовой цели в отсутствие конфликта, приводящего к прекращению хозяйственных связей между субъектами договорных отношений и построены на взаимовыгодных отношениях (и направлены на их поддержание), когда предположение о добросовестности и надежности контрагента не опровергнуто. Некоторые из таких условий отражают договоренности, которые они готовы соблюдать только тогда, когда сохраняется доверие, другие направлены на разрешение спора способом, не ставящим под угрозу будущие деловые отношения. Такие правила формируются как юридически обязательными соглашениями, так и неюридическими, которые, как предполагается, не предусматривают принудительного исполнения.

Используя ссылку на деловое обыкновение, заведенный порядок и ход исполнения договора, суд, по мнению Бернштейн, использует данные правила сохранения отношений в стадии неразрешимого правового конфликта, в то время как они изначально не рассчитаны на применение в ситуации, когда отношения между коммерсантами прекращаются (покуда взаимное доверие или взаимовыгодность отношений утрачиваются). Это, по мнению авторки, препятствует заключению чисто неюридических соглашений.

Стоит отметить, что высказанная посылка (о существовании правил поддержания отношений и правил “конца игры”) является предельно интересной. Однако вывод представляет собой ошибочную экстраполяцию. Бернштейн пытается провести демаркационную линию, выстроить антитезу между обозначенными условиями, что на самом деле сделать невозможно.

Во-первых, при толковании договора используются не любые фактические действия сторон договора, носящие характер разовых неоднородных уступок, а только то поведение, которое действительно сформировало определенное и систематически реализуемое правило для данных контрагентов. Допустим, если *один* контрагент систематически уведомлял другого о начале отгрузки, оплачивал провозные платежи или станционные сборы, делал заказ в определенный срок и т.п. в течении продолжительного времени вне фиксации такой обязанности в письменном договоре, то могло сложиться правило, на которое полагаются *обе* стороны договора. Регулирующая сила сложившегося правила не должна быть поставлена в зависимость от субъективно оцениваемой одной из сторон надежности своего контрагента или выгоды отношений в целом.

Во-вторых, данное разделение, по сути, не оставляет никакого пространства для действия собственно “юридического” соглашения, которое рассматривается как конфликтное регулирование в стадии, когда отношения уже нельзя спасти. Видится, что именно из

предположения о том, что в суде отношения заканчиваются, возникает желание применить специальные нормы, которые разрубят гордиев узел, и дадут ясный ответ о том, кто прав, а кто виноват, не позволив реализовать программу взаимоотношений сторон на будущее.

Толкование договора должно стать средством изучения эффективной договорной практики, выявления неправовых регуляторов коммерческих отношений - то есть не только норм конца игры, но и норм сохранения отношений. Видится, в этом и заключается смысл отнесения такого рода регуляторов к “реальному” соглашению сторон. Пока же толкование договора судом в основном сводится к определению системы прав и обязанностей для разрешения спора, подводящих черту под дальнейшими деловыми отношениями сторон.

Источники и литература

- 1) Белов В.А. Торговые обычаи как источники международного торгового права: содержание и применение. Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 1 (306). С. 58-107.
- 2) Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле: Понятие, применение, формирование, применимое право, типовые контракты / И. С. Зыкин. - М. : Междунар. отношения, 1983. - 158 с.
- 3) Мозолин В.П. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции / В. П. Мозолин, Е. А. Фарнсворт; Отв. ред. В. П. Мозолин; АН СССР, Ин-т государства и права. - М. : Наука, 1988. - 308,[1] с.
- 4) Фонотова О. В. Применение Инкотермс в международном и внутреннем торговом обороте. Московский гос. ун-т им. М. В. Ломоносова, Юридический фак. - Москва : Зерцало-М, 2008. - 279 с.
- 5) Bernstein L. Trade Usage in the Courts: The Flawed Conceptual and Evidentiary Basis of Article 2's Incorporation Strategy. (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 669, 2014).
- 6) Bernstein L. Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms, 144 U. PA. L. REV. 1765, 1769 (1996)
- 7) Grigoleit H., Canaris C. Interpretation of Contracts. In: Dannemann G., Vogenauer S. The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law. 2010.
- 8) Durantaye K. Erklärung und Wille. Jus Privatum 241. Mohr Siebeck, Tübingen. 2020.
- 9) Mak, V. Art. 67: Contract Interpretation and the Role of 'Trade Usage' in a Common European Sales Law. In: Colombi Ciacchi, A. (eds) Contents and Effects of Contracts-Lessons to Learn From The Common European Sales Law. Studies in European Economic Law and Regulation, vol 7. Springer, Cham, 2016.
- 10) McMeel G. The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification 2nd ed. Oxford University Press, 2011
- 11) Posner R. The Law and Economics of Contract Interpretation. University of Chicago Law School, 2004
- 12) Foxco Indus. Ltd. v. Fabric World, Inc., 595 F.2d 976 (5th Cir. 1979).
- 13) Trumm v. Feeder's Supply, Inc., 49 UCC Rep. Serv. 2d 44 (Ct. App. Iowa 2002).
- 14) Loeb Co., Inc. v. Martin, 349 So. 2d 11 (Ala. 1977)
- 15) Keck v. Wacker, 413 F. Supp. 1377 (E.D. Ky. 1976).

- 16) Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 апреля 2022 г. N 18АП-681/22 по делу N А47-8367/2021
- 17) Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21 октября 2022 г. N 13АП-25328/22 по делу N А56-65928/2022
- 18) Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 24 марта 2022 г. N 08АП-730/22 по делу N А75-11494/2021
- 19) Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 13 января 2021 г. N 13АП-26328/20 по делу N А56-43628/2020
- 20) Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 15 июля 2020 г. N 11АП-4667/20 по делу N А72-18988/2019
- 21) Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24 июня 2022 г. N 09АП-29582/22 по делу N А40-207277/2021
- 22) Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17 февраля 2021 г. N 15АП-287/21 по делу N А32-31890/2020
- 23) Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 декабря 2022 г. N 19АП-5605/22 по делу N А36-1178/2022
- 24) Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12 сентября 2022 г. N Ф04-4544/22 по делу N А27-16848/2021
- 25) Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17 февраля 2021 г. N 18АП-626/21 по делу N А76-26974/2020
- 26) Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 5 марта 2022 г. N 08АП-1225/22 по делу N А46-10535/2021
- 27) Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 16 марта 2020 г. N Ф03-738/20 по делу N А51-17129/2018
- 28) Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10 февраля 2020 г. N Ф04-6652/19 по делу N А45-3265/2019