

BATTLE OF FORMS IN COMPARATIVE ANALYSIS

Volgina V.A. (Russian Federation) Email: Volgina537@scientifictext.ru

Volgina Victoria Aleksandrovna – Student-Bachelor,
FACULTY OF LAW,
LOMONOSOV MOSCOW STATE UNIVERSITY, MOSCOW

Abstract: this article focuses on the debatable issue of battle of forms in case when the contract is concluded by the way of the exchange of standard forms elaborated by the parties. The relevance of this issue stems from the increasing use of standard forms between merchants and as a result the increasing number of contracts concluded via the exchange of the standard forms. The author analyzes and estimates different approaches to resolution of the battle of forms issue, elaborated by foreign legal orders: last shot rule, knock-out rule, best-shot rule.

Keywords: battle of forms, comparative analysis, last shot rule, knock-out rule, best-shot rule.

ПРОТИВОРЕЧИЕ СТАНДАРТНЫХ УСЛОВИЙ В СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ПЕРСПЕКТИВЕ

Волгина В.А. (Российская Федерация)

Волгина Виктория Александровна - студент-бакалавр,
юридический факультет,
Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова, г. Москва

Аннотация: статья посвящена актуальной проблеме противоречия стандартных условий договора в том случае, когда заключение договора происходит путем обмена сторонами собственными разработанными стандартными формами. Актуальность этой проблемы обусловлена возрастающим использованием стандартных условий среди предпринимателей. Автор анализирует и оцениваются различные подходы к разрешению проблемы противоречия стандартных условий, выработанные в зарубежных правовых порядках: правило «последнего выстрела», правило «нокаута», правило «лучшего выстрела».

Ключевые слова: противоречие стандартных условий, сравнительно-правовой анализ, правило «последнего выстрела», правило «нокаута», правило «лучшего выстрела».

Введение

Стандартные условия (standard terms) - положения, подготовленные предварительно одной стороной для общего и многократного использования и фактически применяемые без переговоров с другой стороной. Противоречие стандартных условий («battle of forms») относится к таким ситуациям, когда обе стороны обмениваются собственными стандартными формами, которые содержат противоречащие друг другу условия.

1. Существующие подходы к решению проблемы противоречия стандартных условий

1.1. Правило «последнего выстрела» («last shot rule»)

Правило «последнего выстрела» разрешает проблему противоречия стандартных условий, основываясь на классическом правиле заключения договора («classical offer and acceptance rule»): акцепт должен быть полным и безоговорочным, а условиями договора являются условия оферты, которым полностью соответствуют условия акцепта [9, с. 195-200]. Это, так называемое, правило «зеркального отражения», «mirror image rule». данный подход требует полного соответствия между всеми условиями (или отсутствия существенных изменений), содержащимися в оферте и в акцепте, в том числе и между стандартными условиями. Согласно правилу «последнего выстрела», в том случае, если оферент прилагает к оферте свои стандартные условия, а акцептант соглашается на оферту, но прилагает собственные стандартные формы, содержащие противоречащие или дополнительные условия, то такой ответ на оферту не является акцептом, а представляет собой контрoferту. Заключение договора по данному правилу возможно в двух случаях: акцептант ясно дает согласие на оферту, в том числе и на прилагаемые стандартные условия (что происходит крайне редко, поскольку стороны, достигнув соглашения по существенным для себя условиям, порой и не подозревают о том, что в их стандартных формах существуют противоречия), или же одна из сторон начинает совершать действия по выполнению договорных условий (так называемый, «акцепт поведением») [13, с. 115]. Таким образом, «битву форм» выигрывает то лицо, которое последним отправило предполагаемому контрагенту свои стандартные условия [3, с. 220] перед тем, как кто-то из них начал исполнять договор. Договор в этом случае заключается на его условиях. Правило «последнего выстрела» не допускает различия в правовом

регулировании любых договорных условий и основывается на презумпции, что стороны при заключении договора обязаны знать о содержании формуляров контрагента и понимать их [13, с. 108].

Сторонники данного подхода подчеркивают, что это простой, надежный и предсказуемый способ разрешения проблемы, поскольку единственное, что должен выяснить суд при определении договорных условий, - это, какая из сторон отправила свои условия последней перед последующим исполнением договора. А если такого исполнения не последовало, данное правило дает offerentу гарантию, что он не будет связан акцептом с изменениями и дополнениями, а acceptantу - что, отправив измененный акцепт, он не будет связан условиями изначальной оферты [16, с. 6].

Противники данного правила критикуют его по следующим причинам [13, с. 116-119]:

1) Никогда точно нельзя предугадать, на чьих условиях будет заключен договор, поскольку любая сторона может начать исполнение договора, и условия такого договора будут контролировать та из них, которая произвела «последний выстрел».

2) Решение проблемы противоречия стандартных условий «механическим путем» не обеспечивает принцип свободы договора, поскольку сводит на нет все предыдущие переговоры сторон, и пренебрегает теми условиями, по поводу которых стороны пришли к согласию вне формуляров. Стороны зачастую, обговаривая отдельные условия и достигая по ним соглашения («meeting of minds»), и не подозревают о том, что существуют противоречия в их стандартных условиях. Таким образом, формируется правило, что «победитель получает все» («the winner takes all»), а другая сторона фактически принуждается к заключению договора исключительно на условиях контрагента, что, по сути дела, противоречит принципам свободы договора и автономии сторон. Особенно важно подчеркнуть, что каждая сторона, зная, что, возможно, именно ее условия станут договорными, пытается создать их наиболее отвечающими собственным интересам и следовательно более несправедливыми по отношению к контрагенту.

3) Данное правило стимулирует каждую из сторон все время пересылать свои стандартные формы, чтобы обезопасить себя от заключения договора на условиях предполагаемого контрагента. Создается, так называемый, «эффект пинг-понга», что не может соответствовать возрастающим потребностям предпринимателей экономить время и расходы.

4) Offerent при изменившихся для него в негативную сторону условиях рынка может при получении акцепта с прилагающимися стандартными формами в любой момент сослаться на несуществование договора в связи с противоречием условий и не принять последующее исполнение такого договора.

Таким образом, как можно заметить, данный подход не отвечает потребностям современных предпринимателей, основывается на классическом правиле заключения договора, не проводит разграничения между разными по природе условиями. Поэтому большинство правопорядков используют более прогрессивный и гибкий подход к решению проблемы противоречия стандартных условий - правило «нокаута».

1.2. Правило «нокаута» («knock-out rule»)

Правило «нокаута» различает противоречия между условиями, содержащимися в оферте и в акцепте, и условиями, закрепленными в стандартных формах каждой из сторон («boilerplate» v. «front-form» conflicts) [12, с. 269-271]. Этот подход основан на том, что стороны, достигнув соглашения по essentialia negotii, считают себя «связанными» договором, и второстепенные для них вопросы, не вынесенные в оферту и акцепт и содержащиеся в стандартных формах, не могут поколебать их намерение заключить договор. Данный подход поддерживается реальностью современной предпринимательской деятельности: как уже было замечено, стороны зачастую даже не читают формуляры друг друга, полагаясь на достигнутое соглашение, а противоречия стандартных условий выявляются впоследствии. Действительно, сложно себе представить, что, например, продавец поставит товары, а покупатель оплатит их, если каждая из сторон не считает договор заключенным [3, с. 226]. Совершение действий по выполнению условий договора выявляет желание сторон иметь договорные отношения на основе уже достигнутого соглашения, несмотря на отсутствие соглашения по всем договорным условиям [16, с. 7-8]. Данный подход решает проблему противоречия стандартных условий не по классическому правилу заключения договора, требующем полного и безоговорочного акцепта, а создает собственное.

Если стороны достигают соглашение по всем существенным условиям договора, за исключением противоречащих стандартных условий, то договор считается заключенным, и условиями такого договора будут те, относительно которых стороны пришли к соглашению, и общие для обеих сторон стандартные условия. Все противоречащие стандартные условия исключаются из договора и заменяются диспозитивными нормами права [9, с. 199].

Сторонники правила «нокаута» отмечают:

- его ориентированность на практику;
- сбалансированное, «немеханическое» решение как результат его применения;
- отсутствие ситуаций, когда сторона фактически принуждается к заключению договора на невыгодных для себя условиях [6, с. 71-74];

- поддержание подхода «deal-is-on», при котором во главу угла ставится намерение сторон заключить договор на согласованных условиях [8, с. 10-11].

Противники правила «нокаута» указывают на то, что его применение накладывает на судью довольно непростую и объемную работу- изучить каждое условие в формулярах обеих сторон, проанализировать, сравнить и при противоречии заменить диспозитивной нормой [7, с. 208-210]. Также отмечается, что порой противоречащие условия гораздо меньше отличаются друг от друга, чем от диспозитивной нормы. Например, продавец предусматривает, что при несоответствии качества переданного товара требованиям договора срок обращения к продавцу составляет два месяца, а покупатель устанавливает подобный срок в два с половиной месяца. При применении правила «нокаута» эти условия признаются противоречащими, исключаются из договора и заменяются на подлежащие применению нормы, а, например, по статье 336 Испанского торгового кодекса такой срок сокращается до 4 дней, что в значительной степени расходится с намерением обеих сторон [13, с. 118-121].

Таким образом, хотя данный подход к разрешению проблемы противоречия стандартных условий представляется более удачным по сравнению с правилом «последнего выстрела», он также не избежал своей доли критики.

1.3. Иные подходы

Доктрине и практике известны и иные подходы к разрешению проблемы противоречия стандартных условий.

«First-shot»/«first blow» rule. В соответствии с правилом «первого выстрела» суд устанавливает в качестве окончательных условия договора, содержащиеся в оферте, если контрагент открыто их не отвергает. Данный подход является одним из способов толкования статьи 2-207 Американского торгового кодекса (Uniform Commercial Code), и был предложен профессором Summers. Согласно данному толкованию все условия, содержащиеся в акцепте и противоречащие условиям оферты, исключаются, а условиями договора становятся условия, содержащиеся в оферте. Данный подход критикуется на том основании, что он стимулирует оферента разрабатывать выгодные исключительно ему, несправедливые договорные условия [12, с. 248]. Также данный подход к разрешению проблемы как один из возможных сформулировал лорд Denning в деле *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation Ltd.* (1979) [15, с. 267-268]. Лорд Denning приводит следующий пример, когда, на его взгляд, «first-shot rule» подлежит применению: продавец предлагает продать товар по определенной цене и прилагает к оферте свои стандартные условия, а акцептант соглашается на оферту, но прилагает собственные стандартные условия, применение которых повлияет на предложенную оферентом цену; если покупатель более ясно не доведет свои условия до сведения продавца, то договорными условиями должны стать условия оферты. Таким образом, при применении данного правила оферент полностью контролирует договорные условия, а бремя доведения своих условий до сведения другой стороны возлагается на акцептанта.

«Best-shot rule». Данный подход, как и правило «последнего выстрела», отходит от правила «зеркального отражения» оферты и допускает существование договора в том случае, если существуют противоречия в стандартных условиях. Но в этом случае используется другой механизм определения договорных условий [9, с. 221-224]. Суд изучает стандартные условия каждой из сторон целиком, и договорным становится тот набор условий, который представляется ему наиболее справедливым и наиболее отвечающим интересам обеих сторон. Все стандартные условия «проигравшей» стороны в договор не включаются. При таком подходе каждая сторона осознает, что, чем более пристрастны по отношению к ней условия, то тем меньше вероятность, что они будут включены в договор. Таким образом, стороны будут стремиться включать в свои формуляры такие условия, которые с меньшей вероятностью вступят в противоречие с условиями контрагента, а в силу этого данный подход поможет сократить число таких противоречий и возникающих на их основе судебных разбирательств [12, с. 247-249]. Этот подход так же, как и «first blow rule», является одним из способов толкования статьи 2-207 Американского торгового кодекса (Uniform Commercial Code), и был предложен профессором Goldberg. К недостаткам данного подхода можно отнести то, что «справедливость»-довольно оценочная категория, особенно, при рассмотрении не каждого условия, взятого по отдельности (когда справедливым можно признать условие, наиболее близкое к закону), а всего набора в целом. Этот факт дает проигравшей стороне основания полагать, что при рассмотрении данного вопроса другим судьей решение может быть иным, поэтому, на мой взгляд, применение данного правила будет способствовать затягиванию разрешения дела, в случае обращения в вышестоящие судебные инстанции.

2. Подходы национально-правовых систем к решению проблемы

2.1. Англия

В Англии суды решают проблему противоречия стандартных условий по классическому правилу «зеркального отражения оферты» и вытекающему из него правилу «последнего выстрела». Договор считается заключенным только при полном и безоговорочном акцепте оферты. А ответ лица, содержащий дополнительные или противоречащие условия признается контрфертой, которая

прекращает действие изначальной оферты. Таким образом, необходимо, чтобы между стандартными условиями обеих сторон было полное соответствие.

Однако в 1979 году в деле *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation Ltd.* лорд Denning указал, что в некоторых случаях договор можно считать заключенным при достижении соглашения по всем существенным условиям, несмотря на противоречия во второстепенных. Также он выделил три возможных правила включения условий в договор в зависимости от обстоятельств дела: правило «последнего выстрела»; правило «first blow»; правило «нокаута». Позиция лорда Denning не нашла отклика и поддержки в судах, а правило «последнего выстрела» все также «процветает» [12, с. 258].

2.2. Германия

До 1980 года немецкие суды разрешали проблему противоречия стандартных условий, применяя правило «последнего выстрела», получившего в Германии название «*Theorie des letzten Wortes*» [9, с. 201]. Впервые правило «нокаута» было применено в 1980 г. апелляционным судом Кёльна, который изменил подход, принятый судами в 1970-х гг. Договор был заключен на общих для сторон условиях, и лишь противоречащие условия были заменены на нормы BGB. Правило «нокаута» было быстро воспринято другими судами, и в 1985 г. его применил Верховный суд.

В Германии вопрос противоречия стандартных условий не поднимается ни в современной практике, ни в доктрине благодаря повсеместному принятию правила «нокаута» [9, с. 204]. Однако если стороны ясно не настаивают на том, чтобы договор был заключен исключительно на их условиях, или же ясно не отвергают условия другой стороны, то по-прежнему может применяться «*Theorie des letzten Wortes*». Но на практике стандартные формы в Германии всегда содержат, так называемую, «защитную оговорку» («*defensive clause*»), которая прямо предусматривает, что договор заключается только на данных условиях [16, с. 11]. Поэтому теория «последнего слова» сегодня остается только теорией.

2.3. Франция

Так же как и в Германии, во Франции применение правила «нокаута» к противоречащим стандартным условиям не подлежит сомнению и используется с 1912 [8, с. 15-16]. Однако, в отличие от Германии, во Франции простого факта использования стандартных условий достаточно для применения правила «нокаута». То есть, необязательно включать в договор «защитную оговорку», поскольку в соответствии с французским правом тот факт, что стороны используют стандартные формы уже достаточно ясно отражает их желание заключить договор исключительно на этих условиях.

2.4. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров

Венская конвенция не содержит специальной нормы для разрешения проблемы противоречия стандартных условий, поэтому такие конфликты регулируются общими нормами о заключении договора.

Согласно статье 19 Венской конвенции любое существенное изменение условий оферты не может быть акцептом, а представляет собой контрoferту. Причем, п. 3 ст. 19 дает довольно широкий перечень условий, существенно изменяющих условия оферты. Таким образом, практически любые наиболее часто встречающиеся конфликты, вытекающие из противоречия стандартных условий, будут касаться существенных условий, и следовательно условиями договора будут те, которые содержатся в последней направленной перед исполнением договора оферте [12, с. 247]. Если же изменения все-таки будут признаны несущественными, то они включаются в договор, но только в том случае, если offerent не возразит на них в разумный срок. Опираясь на ст. 19 можно прийти к выводу, что Венская конвенция закрепляет классическое правило «зеркального отражения» оферты и производное от него правило «последнего выстрела» для разрешения проблемы противоречия стандартных условий. Исключением из данного правила являются только несущественные изменения условий оферты. Однако данное исключение не имеет большого практического значения, поскольку фактически все условия [2, с. 145], изменяющие оферту по п. 3 ст. 19 признаются существенными [9, с. 196-198], причем приведенный список является открытым. Тем не менее, применение в соответствии с Венской конвенцией правила «последнего выстрела» к поставленной проблеме не является бесспорным. Существуют, как минимум, еще три подхода к решению проблемы противоречия стандартных условий, основывающихся на различном толковании Венской конвенции: обращение к национальным правовым порядкам, обращение к принципам Конвенции, применение правила «нокаута» [16, с. 4-10].

Выводы

Использование сторонами договора стандартных условий неминуемо приводит к возникновению проблемы их противоречия. Данная проблема по-разному разрешается различными правовыми порядками.

Исходной точкой в решении проблемы было применение правила «последнего выстрела». Постепенное признание недостатков данного правила приводит к тому, что доктрина и практика повсеместно отходят от него, отдавая предпочтение более отвечающему современной реальности правилу «нокаута». Однако правило «последнего выстрела» и сегодня имеет достаточно широкое распространение. Правило «нокаута» также далеко от идеала и имеет свои недостатки, что стимулирует доктрину к выработке более совершенного подхода.

Необходимо создание единообразного подхода к разрешению данной проблемы на уровне международного права для устранения национально-правовых барьеров и содействия развитию международных отношений.

Список литературы / References

1. *Громов А.А.* Акцепт на иных условиях: российский подход в контексте зарубежного опыта, 2012. "Вестник ВАС РФ", 2012. № 10.
2. *Del Duca L.* Implementation of Contract Formation Statute of Frauds, Parol Evidence and Battle of Forms // Journal of Law and Commerce. Vol. 25:133, 2005.
3. *Eiselen S., Bergenthal S.* The battle of forms: a comparative analysis // XXXIX CILSA, 2006.
4. *Goldberg V.* The «Battle of Forms»: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule // Ore. L. Rev. 15., 1997.
5. *Hondius E., Mahé Ch.* The Battle of Forms: Towards a Uniform Solution // 12 IC.L, 1998.
6. *Lookofsky J.* The 1980 United Nations Convention in Contracts for the International Sale of Goods // JH Herbots & R Blanpain (eds), International Encyclopedia of Laws: Contracts, 2000.
7. *McKendrick E.* The Battle of the Forms and the Law of Restitution // Oxford journal of Legal Studies, 1988. Vol. 8. № 2.
8. *Nam N.* Future of Harmonization and Unification in Contract Law Regarding «Battle of Forms», 2009 // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nam.html/> (дата обращения: 26.06.2017).
9. *Rühl G.* The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations // U.Pa.J. Int'l Econ. L., 2003.
10. *Sambugaro G.* Incorporation of Standard Contract Terms and the «Battle of Forms» under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG) // International Business Law Journal, 2009. № 1.
11. *Schlechtriem P.* The Battle of Forms under German Law // The Business Lawyer, 1968.
12. *Stemp K.A* Comparative Analysis of the «Battle of Forms» // Transnational Law & Contemporary Problems. 2005-2006.
13. *Viscasillas M.* «Battle of the forms» under the 1980 United Nations Convention on contracts for the international sale of goods: a comparison with section 2-207 UCC and the Unidroit Principles // Pace Int'l L. Rev., 1998.
14. *Viscasillas M.* Battle of the forms, Modification of Contract, Commercial Letters of Confirmation: Comparison of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) with the Principles of European Contract Law (PECL) // Pace University School of International Law, 2002.
15. *Von Mehren A.* The «Battle of Forms»: A Comparative View // THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 1990. Vol. 38.
16. *Wildner K.* Art.19 CISG: The German approach to the battle of the forms in international contract law // Pace University School of Law International Law, 2008. Vol. XX. № 1.