Ключові слова: класифікація правових режимів, критерії класифікації, правовий режим, трудо-правовий режим, трудове право, соціально-правовий режим.

Резюме

Вакарюк Л.В., Бабін І.І. К вопросу о критериях классификации трудо-правовых режимов.

В статье анализируются основные подходы к классификации правовых режимов, предложенные представителями общей теории права и других отраслевых наук, предлагаются критерии выделения трудо-правового режима. Отмечается, что проведение классификации правовых режимов в трудовом праве имеет большое научное и практическое значение, а саму классификацию трудо-правовых режимов можно рассматривать как один из способов познания развития трудового права как отрасли. Делается вывод, что наиболее полно социально-правовую сущность и юридическое содержание правовых режимов в трудовом праве раскрывает социально-правовой режим, который в свою очередь делится на ограничивающий и стимулирующий.

Ключевые слова: классификация правовых режимов, критерии классификации, правовой режим, трудо-правовой режим, трудовое право, социально-правовой режим.

Summary

Lyudmila Vakaryuk, Igor Babin. On the question of the criteria for the classification of labor regimes.

The article analyzes the basic approaches to the classification of legal regimes proposed by the representatives of the general theory of law and other branch sciences, proposes the criteria for the separation of the labour-law regime. It is emphasized that the classification of legal regimes in labor law is of great scientific and practical importance, and the classification of labour-law regimes can be considered as one way of knowing the development of labor law as a branch.

The labor-law regime, like other sectoral regimes, is a legal category, so it is logical that it will be classified from a legal perspective. Regimes characterized by an impact on the homogeneous sphere of social relations in the labor field are classified according to the legal means, thus forming a multilevel division, which is associated with the transition from generic objects to species, which, uniting in a single system, form a single branch regime that characterizes the specifics of labor law as a branch. Since labor law as a branch of law is a combination of private and public elements, this feature is also reflected in the classification of types of labor-law regime. Therefore, depending on the criterion of interest being satisfied, the whole array of legal regimes in the field of hired labor can be divided into such types as legal regimes in private law and legal regimes in public law.

Depending on the functions of labor law, it is advisable to distinguish the social-legal regime, which, in combination with all other types of legal regimes, in particular, with the private-law and public-law regime, covers all institutions of labor law, provides differentiation of legal regulation of labor relations, the principle of equality, the principle of freedom of work, non-discrimination, etc. It is concluded that the most complete socio-legal nature and legal content of legal regimes in labor law reveals precisely the social-legal regime, which is divided into restrictive and stimulating.

Key words: classification of legal regimes, classification criteria, legal regime, labour-law regime, employment law, social legal regime.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.38

УДК 346.34

Н.В. НИКИТЧЕНКО, В.О. ОСТРИНСЬКИЙ

Наталія Валеріївна Никитченко, доктор юридичних наук, завідувач кафедри Університету Державної фіскальної служби України*

ORCID: 0000-0001-9545-1434

Владислав Олегович Остринський, аспірант Університету Державної фіскальної служби України**

ORCID: 0000-0001-7157-6048

ПРОБЛЕМИ ВИБОРУ ПРАВА ТА ЙОГО ОБМЕЖЕННЯ ПРИ УКЛАДЕННІ ЕРС-КОНТРАКТІВ

Постановка проблеми. Питання визначення права при укладенні ЕРС-контрактів з нерезидентами набувають сьогодні дедалі більшого значення у зв'язку зі стрімким розвитком відновлювальної енергетики, міжнародних економічних відносин, інтенсифікації міжнародної науково-технічної кооперації тощо. Міжнародні інвестори, розуміючи недосконалість системи правового регулювання суспільних відносин в Україні, намагаються якомога більше захистити власний капітал та інтереси, здійснюючи інвестиції в національну економіку. У цьому їм допомагає принцип автономії волі. Важливість цього принципу заснована на тому, що законодавство багатьох держав, зокрема і України, та окремі міжнародні документи дозволяють сторонам, які мають намір укласти зовнішньоекономічний договір з іноземним елементом, обирати застосовуване до

© Н.В. Никитченко, В.О. Остринський, 2020

* *Nataliia Nykytchenko, Dr. hab. in Law, Head of Department of the National University of the State Fiscal Service of Ukraine*

** *Vladyslav Ostrynskiy, Postgraduate student of the National University of the State Fiscal Service of Ukraine*

нього право. Разом із тим існують обмеження щодо застосування права інших країн для регулювання певних суспільних відносин, навіть якщо йдеться про укладення правочинів з нерезидентами.

Зростання інтересу до укладення ЕРС-контрактів з приватними особами, які належать до юрисдикції різних держав, та активне налагодження зовнішньоекономічних стосунків приводить до того, що все більше юристів-практиків мають справу з проблемою пошуку належного закону, який би зміг належним чином врегулювати договірні правовідносини із застосуванням принципу автономії волі.

Таким чином, визначення застосовуваного права до ЕРС-контрактів, що укладаються з нерезидентами, має вирішальне значення для їх належного виконання та розгляду зовнішньоекономічних спорів як вітчизняними судами, так і міжнародними комерційними арбітражними інститутами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням реалізації принципу автономії волі та вибору суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності права, за яким регулюватиметься укладення та виконання контрактів, активно досліджувалось, зокрема, такими вітчизняними науковцями, як: В.І. Кисіль, Л.А. Шевченко, С.М. Задорожна, К.Г. Цірат, Е. М. Грамацький, А. П. Беяєва та інші. Водночас, не применшуючи внеску та значення цих та багатьох інших досліджень, слід підкреслити, що проблемі обмеження принципу автономії волі було приділено недостатньо уваги.

Формулювання мети статті. Метою статті є здійснення аналізу законодавчих обмежень щодо реалізації принципу автономії волі при укладенні компаніями-резидентами ЕРС-контракту з іноземним елементом.

Виклад основного матеріалу. Автономія волі є фундаментальним принципом при укладенні зовнішньоекономічних договорів. Вказане правило відображене у ст. 6 Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон), відповідно до якої учасники наділені правомочністю самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин, у випадках, передбачених законом¹.

Як слушно зауважує В.І. Кисіль, автономія волі отримала закріплення майже в усіх міжнародних договорах, що стосуються вибору права, компетентного регулювати договірні зобов'язання. Достатньо вказати на найбільш відомі з них: Гаазька конвенція про право, застосовуване до міжнародної купівлі-продажу товарів 1955 р., Гаазька конвенція про право, застосовуване до агентських угод 1978 р., Римська конвенція про право, застосовуване до договірних зобов'язань 1980 р., Гаазька конвенція про право, застосовуване до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р., Міжамериканська конвенція про право, застосовуване до міжнародних контрактів 1994 р., Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, укладена між державами СНД у 1992 р., а також Конвенція країн СНД про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р. Так, у обох Угодах країн СНД вказано, що права і обов'язки сторін в угоді визначаються за законодавством місця укладання, якщо інше не встановлено погодженням сторін².

Принцип свободи договору передбачає право вибору виду договору сторонами, які мають намір його укласти. Згідно з ч. 2 ст. 628 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір)³. До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору. Таким чином, зважаючи на вищевказану норму ЦК України, ЕРС-контракт можна віднести до змішаного договору, адже він поєднує в собі окремі елементи договору будівельного підяду, поставки, інжинірингу та надання послуг.

Разом із тим ч. 1 ст. 382 Господарського кодексу України (далі – ГК України) передбачає, що суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають право укладати будь-які зовнішньоекономічні договори (контракти), крім тих, укладення яких заборонено законодавством України⁴, тобто законодавець таким чином підкреслює, що принцип свободи договору в Україні не є абсолютним.

Аналогічного висновку можна дійти, проаналізувавши положення Закону України «Про міжнародне приватне право». Якщо ч. 1 ст. 5 Закону визначає, що у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин, то ч. 1 ст. 43 загаданого Закону вже уточнює, що сторони договору можуть обрати право, яке застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України.

Якщо проаналізувати положення ст. 12 Закону, то можна з'ясувати, що законодавець передбачив можливість не лише обмежити вибір права, але й надав вказівку на те, як повинні регулюватись відносини сторін у разі, якщо застосування права іноземної держави призведе до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. Пленум Верховного Суду України у п. 12 постанови «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24 грудня 1999 р. визначив **публічний порядок як правопорядок держави**, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)⁵.

Норма Закону, зокрема ч. 1 ст. 12, передбачає, що застосуванню підлягає право, яке має найбільш тісний зв'язок з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України. Так, відповідно до положень ч. 2 ст. 44 Закону, правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається:

- 1) щодо договору про нерухоме майно – право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації – право держави, де здійснена реєстрація;
- 2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт – право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати;

3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі – право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Обмежує дію принципу автономії волі також положення законодавства про обхід закону як застереження щодо недобросовісного вибору права. Так, відповідно до ст. 10 Закону, правочин та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм цього Закону.

У деяких правових системах мають місце обмеження права вибору, наприклад, колом держав, з якими договір має фактичний зв'язок (наприклад, відповідно до ст. 25 Закону про міжнародне приватне право Польщі сторони можуть обрати право, з яким зобов'язання «взаємно пов'язане»; згідно зі ст. 1–105 Уніфікованого торговельного кодексу США, можна обрати право тієї держави, з якою «угода має розумний зв'язок»).

Невід'ємною складовою принципу автономії волі є можливість сторін здійснювати вибір юрисдикції для різних елементів угоди. Положення ч. 4 ст. 5 Закону, відповідно до якого «вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути явно вираженим», свідчить про опосередковане закріплення цього явища, яке отримало назву «*dépeçage*» (фр. *dépeçage* – розчеплення), і з приводу якого існує декілька позицій науковців. Зокрема, М. Гуліано та П. Лагарде у своїх працях висвітлюють дві основні концепції. Одні експерти стверджують, що у разі, якщо контракт складається з декількох частин (договорів), які є юридично та економічно незалежними, то вони можуть регулюватись правом декількох країн, однак, якщо цього немає – до всіх елементів контракту має застосовуватись єдине право. Інші вказують, що розмежовування юрисдикцій напряду пов'язане з принципом свободи договору, який не може бути забороненим⁶. Разом із тим вважаємо, що обидві позиції є цілком обґрунтованими, однак, відповідно до існуючої практики, схилиємось до думки першої групи науковців, адже навіть часткове ігнорування імперативних норм законодавства тієї чи іншої країни, відповідно до застосовуваного права, може призвести до унеможливлення виконання договірних зобов'язань в цілому. Цілком логічною є позиція прихильників теорії «*dépeçage*» щодо введення ряду захисних положень, до яких можна віднести наявність імперативних норм у правовій системі певної держави, які б унеможливлювали обхід закону, та містили застереження про публічний порядок.

Ще одним важливим моментом, пов'язаним з автономією волі, є можливість вибору права після укладення договору. Так, наприклад, у Законі про міжнародне приватне право Швейцарії прямо зазначено: «Вибір права може бути здійснено будь-коли. Якщо вибір права робиться після укладення договору, то він має зворотну силу з моменту укладення договору. Права третіх осіб не зачіпаються» (ч. 3 ст. 116).

Опосередковано це положення відображено в ч. 5 ст. 5 Закону, відповідно до якого вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема, при вчиненні правочину, на різних стадіях його виконання тощо. Вибір права або зміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотну дію і є дійсними з моменту вчинення правочину, але не можуть:

1) бути підставою для визнання правочину недійсним у зв'язку з недодержанням його форми;

2) обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права.

На останній підпункт вищезгаданої статті Закону слід звернути окрему увагу при укладенні будь-якого зовнішньоекономічного договору та ЕРС-контракту зокрема, адже у багатьох випадках зобов'язання за такими контрактами забезпечуються банківськими гарантіями, поручительством третьої особи чи гарантіями материнських компаній. Доктрина, законодавство і судова практика виходять з того, що вибір сторонами застосовуваного права не повинен створювати негативних наслідків для реалізації прав та інтересів таких третіх осіб.

Також науковці виокремлюють два види реалізації принципу автономії права: явний (вказівка в угоді або в окремому документі, застосування загального принципу визначення права) та непрямий (неявний) (тлумачення здійснюється на основі дій, умов правочину чи обставин справи, ходу попередніх переговорів, вказівки на норми певного акта та обрання певної судової інстанції)⁷.

Застосування міжнародних джерел права, наприклад, Принципів міжнародних комерційних договорів (принципів УНІДРУА) може стати в пригоді сторонам у разі, якщо їм не вдалося дійти згоди щодо права, яке підлягає застосуванню. Як зазначається у рішенні господарського суду м. Києва від 9 липня 2010 у справі № 32/339, сторони погодились з тим, що в процесі розгляду та вирішення спору, а також з усіх питань, не передбачених даним контрактом, вони будуть керуватись нормами міжнародного права, зокрема, Віденською Конвенцією ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів і нормами права місця укладення контракту⁸.

Як слушно зауважує К.Г. Цірат, щодо практики вирішення спорів з приводу права, за яким повинні регулюватись правовідносини в зовнішньоекономічному договорі, то в цьому випадку у більшості справ, які розглядалися Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України (далі – МКАС при ТПП України), сторони здійснювали вибір права, прописуючи це або в основному договорі, або в арбітражному застереженні. Разом із тим існує принаймні одна справа, яка розглядалася у МКАС при ТПП України, де сторони здійснили усний вибір права під час судового засідання (справа № 40, рішення від 15 жовтня 2009 р.). У рішенні вказано: «Позивач у позовній заяві обґрунтував свої позовні вимоги посиланням на норми матеріального права України. Відповідач у відзиві на позовну заяву вказує, що сторони в контракті не узгодили питання про те, матеріальне право якої країни підлягає застосуванню під час вирішення спору. Разом із тим позивач під час подачі позову правовими підставами для своїх позовних вимог вказав ст. 22, 526 та 692 ГК України. Виходячи із цього, відповідач свої заперечення на заявлені позовні вимоги

виклав також відповідно до матеріального права України...». У подальшому позивач у своїх коментарях у справі також посилався на норми права України. Стаття 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає, що учасники правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню, до змісту правовідносин. Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема, при вчиненні угоди, на різних стадіях її виконання і т. п. Вибір права, здійснений після вчинення угоди, має зворотну дію і є дійсним з моменту вчинення угоди. Відповідно до ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», п. 1 ст. 14 Регламенту МКАС при ТПП України Арбітражний суд вирішує спір згідно з тими нормами права, які сторони обрали в якості застосованих до суті спору. Таким чином, враховуючи вибір права, здійснений сторонами на стадії вирішення спору у МКАС при ТПП України, а також положення п. 1 ст. 14 Регламенту МКАС при ТПП України, ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ст. ст. 5, 43 Закону України «Про міжнародне приватне право», було прийнято рішення про застосування до даного спору матеріального права України⁹. Отже, у випадку, описаному вище, вибір права був здійснений у так званій «непрякій (неявній)» формі, про що дійшов висновку арбітражний суд на підставі конклюдентних дій сторін.

Щодо вибору права при укладенні ЕРС-контракту, то до нього застосовані всі ті перелічені вище обмеження, які передбачені Законом України «Про міжнародне приватне право», однак особливості структури такого контракту та механізми, що закладені в ньому розробниками, а саме Міжнародною Федерацією Інженерів-Консультантів (далі – FIDIC) досить складно узгодити з імперативними нормами вітчизняного законодавства.

Насамперед виникає проблема із так званими «заздалегідь оціненими збитками» (з англ. *liquidated damages*), адже українське законодавство містить пряму заборону сторонам договору обмежити власну відповідальність певним грошовим лімітом. Так, положення ч. 3 ст. 216 ГК України вказують на те, що господарсько-правова відповідальність базується на принципах, згідно з якими:

- потерпіла сторона має право на відшкодування збитків незалежно від того, чи є застереження про це в договорі;
- передбачена законом відповідальність виробника (продавця) за недоброякісність продукції застосовується також незалежно від того, чи є застереження про це в договорі;
- сплата штрафних санкцій за порушення зобов'язання, а також відшкодування збитків не звільняють правопорушника без згоди другої сторони від виконання прийнятих зобов'язань у натурі;
- у господарському договорі неприпустимі застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції.

Таким чином, якщо до частини ЕРС-контракту, що урегульовує відносини сторін з приводу поставки обладнання, можливо застосувати норми права іншої країни, то щодо виконання будівельних робіт цього зробити не вдасться, зокрема, через положення ч. 2 ст. 44 Закону (вказані вище), необхідність дотримання державних будівельних норм А.3.1-5:2016 Організація будівельного виробництва, Загальних умов укладення та виконання договорів підяду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668 тощо. Невиконання імперативних норм українського законодавства унеможливить введення об'єкта в експлуатацію, що, як наслідок, призведе до труднощів для сторони, яка виступала замовником будівельних робіт.

Подібної позиції дотримується і МКАС при ТПП України, зокрема, якщо взяти за до уваги той факт, що типові контракти в сфері аграрного сектору (за аналогією з ЕРС-контрактами), розроблені неурядовими профільними організаціями, такими як ФОСФА (FOSFA – The Federation of Oils, Seeds and Fats Associations) – Федерація асоціацій торгівлі оліями, олійними продуктами і жирами та ГАФТА (GAFTA – The Grain and Feed Trade Association) – Міжнародна асоціація торгівлі зерном та кормами, показовим виглядає рішення арбітражного суду у справі № 79 від 25 грудня 2012 р.¹⁰

Так, на думку позивача, при вирішенні спору арбітражному суду необхідно керуватись положеннями типового контракту GAFTA № 78 у частині, що не вступає у протиріччя з умовами підписаного сторонами контракту, а субсидіарно до положень контракту та типового контракту GAFTA № 78 підлягає застосуванню англійське право. Відповідач стверджував, що у зв'язку з тим, що контракт укладений в Україні з відхиленнями від положень типової проформи контракту GAFTA № 78, то положення останнього, які регулюються англійським правом, можуть мати лише «дорадчий» характер при застосуванні імперативних норм матеріального права України.

Розглянувши позиції сторін щодо цього питання, МКАС при ТПП України дійшов висновку про те, що для заповнення прогалів, не врегульованих контрактом та умовами і правилами, які містяться у формі стандартного контракту GAFTA № 78 і які не вступають у протиріччя з умовами контракту, має застосовуватися матеріальне право України.

Висновки. Отже, сьогодні в українському законодавстві та законодавстві багатьох інших країн існує низка обмежень принципу автономії волі, що призводить до обмеження вибору права під час укладення зовнішньоекономічних контрактів, зокрема і ЕРС.

Як наслідок, при укладенні ЕРС-контракту виникає потреба у врегулюванні розбіжностей між вимогами різних юрисдикцій, адже, якщо відповідно до англійського права такі явища як «заздалегідь оцінені збитки» (з англ. *liquidated damages*) чи «обмеження відповідальності» (з англ. *limitation of liability*) мають місце у домовленостях двох сторін, то згідно з імперативними нормами українського законодавства такі положення договору можуть бути визнані судом як арбітражем нікчемними. У такому випадку потрібно розуміти, що санкції в типовій формі ЕРС-контракту, які мають дзеркальний характер, як щодо поставки, так і щодо установки обладнання (будівельно-монтажних робіт та пусконаладжувальних робіт) не можуть бути аналогіч-

но відображені при укладенні ЕРС-контракту з компанією-нерезидентом на будівництво об'єкта в межах території України.

Також слід враховувати, що така поширена форма забезпечення зобов'язань за договором, як гарантія материнської компанії, повинна розробленою згідно з правом тієї країни чи території, де ця компанія зареєстрована, наприклад: ЕРС-контракт укладається в Україні за англійським правом, а материнська компанія підрядника зареєстрована в штаті Нью-Йорк, відповідно, і гарантія повинна відповідати законодавчим вимогам цього штату.

Насамкінець необхідно згадати про положення ст. 204 ЦК України, яка визначає, що правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним. Таким чином, поки сторони добросовісно виконуватимуть умови ЕРС-контракту, навіть якщо він не відповідає імперативним нормам українського законодавства, і ніхто з них не звернеться до суду за захистом своїх прав, такий правочин буде залишатись правомірним у разі, якщо суд не вирішить інакше.

¹ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15> (дата звернення: 15.06.2020).

² Кисіль В.І. Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання. *Юридичний журнал*. 2004. № 2. URL: https://vkr.ua/ua/publication/the_law_regarding_foreign_trade_agreements_regulatory_development_trends (дата звернення: 15.06.2020).

³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 15.06.2020).

⁴ Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15> (дата звернення: 15.06.2020).

⁵ Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України: постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 р. № 12. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99> (дата звернення: 15.06.2020).

⁶ M. Giuliano, P. Lagarde. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations / Archive of European Integration / University of Pittsburgh. URL: <http://aei.pitt.edu/1891/> (дата звернення: 15.06.2020).

⁷ Оніщенко В.В., Олефір А.О. Автономія волі сторін договору у зовнішньоекономічних відносинах. *Сучасні тенденції в юридичній науці України, м. Вінниця 18–19 березня 2016 р.* / Молодий вчений. URL: <http://molodyvcheny.in.ua/files/conf/law/15march2016/10.pdf> (дата звернення: 15.06.2020).

⁸ Лещенко Н. Окремі аспекти укладення зовнішньоекономічного договору: умова про вибір права. Взгляд юриста. Юридический блог компании Jurimex / Jurimex. URL: <http://jurblog.com.ua/2014/03/okremi-aspekti-ukladennya-zovnishnoekonomich-pogo-dogovoru-umova-pro-vibir-prava/> (дата звернення: 15.06.2020).

⁹ Рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України у справі № 40 від 15.10.2009 р. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України / ICAC. URL: <http://arb.ucci.org.ua/icac/cases/2006-2010/caseNo40.pdf> (дата звернення: 15.06.2020).

¹⁰ Рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України у справі № 79 від 25.12.2012 р. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України / ICAC. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-79.pdf> (дата звернення: 15.06.2020).

Резюме

Никитченко Н.В., Остринський В.О. Проблеми вибору права та його обмеження при укладенні ЕРС-контрактів.

Стаття присвячена вивченню проблеми укладення ЕРС-контракту в Україні у розрізі реалізації автономії волі сторін. Авторами досліджено питання розвитку принципу «автономія волі», зіставлено норми українського законодавства та умови типових проформ, розроблених Міжнародною Федерацією Інженерів-Консультантів (FIDIC). Також у статті здійснено аналізу застосування окремих положень норм господарського та цивільного законодавства, які знаходять своє відображення в ЕРС-контрактах. Досліджено окремі справи, що розглядалися Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України та з'ясовано, яким чином може відбутись вибір права при укладенні зовнішньоекономічного договору та ЕРС-контракту зокрема. Також автори навели свої тези щодо того, яким чином положення ЕРС-контракту повинні бути узгоджені з нормами національного законодавства.

Ключові слова: автономія волі, ЕРС-контракт, FIDIC, господарський договір, змішаний договір, зовнішньоекономічний договір, іноземний елемент.

Резюме

Никитченко Н.В., Остринський В.О. Проблемы выбора права и его ограничения при заключении ЕРС-контрактов.

Статья посвящена изучению проблемы заключения ЕРС-контракта в Украине в разрезе реализации автономии воли сторон. Авторами исследованы вопросы развития принципа «автономия воли», сопоставлены нормы украинского законодательства и условия типовых проформ, разработанных Международной Федерацией Инженеров-Консультантов (FIDIC). Также в статье осуществлен анализ применения отдельных положений норм хозяйственного и гражданского законодательства, которые находят свое отражение в ЕРС-контрактах. Проанализированы отдельные дела, которые рассматривались Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Украины и выяснено, каким образом может быть осуществлен выбор права при заключении внешнеэкономического договора и ЕРС-контракта частности. Также авторы привели свои тезисы о том, каким образом положения ЕРС-контракта должны быть согласованы с нормами национального законодательства.

Ключевые слова: автономия воли, ЕРС-контракт, FIDIC, хозяйственный договор, смешанный договор, внешнеэкономический договор, иностранный элемент.

Summary

Nataliia Nykytchenko, Vladyslav Ostrynskiy. Problems of the law choice and its limitations while EPC-contracts concluding.

Due to the rapid development of social relations in Ukraine, national legislation can't keep up to regulate them properly, which force businesses to use the rules of foreign jurisdictions or the pro-forms of international specialized organizations to carry out the contractual transactions more frequently. The article provides examples of how the complex contractual relations are governed in practice and how the businesses are forced to protect its interests while entering into EPC-contracts.

The authors have researched the emergence of the contract templates, which were created by International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) and the way to use such templates according to Ukrainian law. Also, the article analyzes application of certain provisions of the economic and civil legislation, which are reflected in EPC-contracts. Individual cases that were considered by the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Ukraine were analyzed as well.

There is substantiated the opinion that regarding to provision of the contractual limitation of obligations for the actual losses fees and damages caused to economic entities as well as the possibility to freely use the international organizations pro-form in case when its provisions do not contradict the imperative norms of the Ukrainian legislation and the principles of economic management in Ukraine. Also, article analyzes how the choice of law can be made while concluding an EPC contract. The authors presented their theses on how the provisions of the EPC contract should be harmonized with the norms of national legislation.

The authors support theory of Dépeçage to introduce a number of protective provisions, which include the existence of mandatory rules in the legal system of a state, which would make it impossible to circumvent the law, and contain reservations about public order. This research shows that there is an opportunity to gain many advantages by the application of the theory of Dépeçage in EPC-contracts.

Key words: autonomy of will, EPC-contract, FIDIC, economic contract, mixed contract, foreign economic agreement, foreign element.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.39

УДК 346.21

А.В. СМІТЮХ

Андрій Володимирович Смітюх, доктор юридичних наук, доцент, професор Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*

ORCID: 0000-0002-4778-4143

ЗДІЙСНЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ, ПОСВІДЧЕНИХ КОРПОРАТИВНИМИ ПАЯМИ (ЧАСТКАМИ, АКЦІЯМИ), ЩОДО ЯКИХ ВСТАНОВЛЕНИЙ УЗУФРУКТ

Постановка проблеми. Узуфрукт корпоративних паїв (часток у статутному капіталі, акцій, далі – корпоративних паїв) прямо закріплений у правових системах багатьох країн континентальної правової сім'ї і передбачений, зокрема, ст. ст. 5:22, 6:22, 7:26 Кодексу товариств та об'єднань Бельгії¹, ст. ст. 127–131 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства»², ст. ст. 2:88, 2:197 ЦК Нідерландів³, ст. 600 ГК Туреччини⁴, ст. ст. 1844, 1844-5 ЦК Франції⁵, ст. ст. L225-110, L225-118, L225-140 ГК Франції⁶, ст. ст. 6861Н, 789аА Зобов'язального кодексу Швейцарії⁷. У Німеччині узуфрукт корпоративних паїв набув широкого визнання у доктрині та судовій практиці⁸. Поширення узуфрукту, який первинно визначався як «право користуватися чужими речами та отримувати їх плоди із збереженням субстанції речей цілісною» (Павло, Д. 7,1,1)⁹ на такий специфічний об'єкт, як корпоративний пай, який є, по суті, електронним записом, безтілесним майном, символом сукупності корпоративних прав учасника щодо товариства, які він засвідчує в обороті, ставить питання про те, яким чином розкривається у даному випадку правомочність користування, яку традиційно визначають як «можливість вилучення корисних властивостей майна»¹⁰? Цивільними плодами корпоративного паю є дивіденди, проте, крім права на дивіденди, корпоративний пай засвідчує і інші корпоративні права.

Отже, необхідно з'ясувати, які корпоративні права здійснює фруктуарій, а які – власник корпоративного паю, за яким зберігається статус учасника товариства, що, зокрема, прямо зазначається у ст. 127 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства»¹¹ (далі учасник товариства – власник корпоративного паю іменується учасником товариства). З цього питання різні правові системи демонструють настільки відмінні підходи, що Європейський модельний закон про компанії містить застереження про неможливість уніфікації відповідних норм¹².

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематику узуфрукту досліджували Б.О. Антонов, Н.В. Безік, Л.Ю. Василевська, С.О. Громов, І.О. Ємелькіна, Д.В. Лоренц, В.Є. Карнушин, Г.С. Мацакян, Т.О. Мечетіна, Г.Ю. Мічик, І.В. Сіваракша, О.Г. Сіроткін, О.Р. Сухарева, проте питання здійснення корпоративних прав, засвідчених корпоративним паєм, щодо якого встановлений узуфрукт між учасником товариства та фруктуарієм, не ставало ще предметом окремого дослідження.

Формулювання мети статті. Виходячи з наведеного вище мета статті полягає у тому, щоб визначити оптимальну модель здійснення правомочностей, що становлять комплекс корпоративних прав, посвідчених корпоративним паєм (часткою у статутному капіталі, акцією), щодо якого встановлений узуфрукт учасником товариства – власником такого корпоративного паю та фруктуарієм, яка може бути імплементована до правової системи України у разі впровадження до неї інституту узуфрукту корпоративного паю (частки, акції).

© А.В. Смітюх, 2020

* *Andrii Smityukh, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Professor of Odessa I.I. Mechnikov National University*