

ПРОБЛЕМА ОГОВОРКИ О ПРИМЕНИМОМ ПРАВЕ И ЮРИСДИКЦИИ В МЕЖДУНАРОДНЫХ КОНТРАКТАХ

КАУРАКОВА Мария Викторовна, к.ю.н., член Российской ассоциации международного права

(ORCID: 0000-0003-3505-4992)

THE PROBLEM OF THE CHOICE OF LAW AND JURISDICTION CLAUSE IN INTERNATIONAL CONTRACTS

The main aim of the present paper is to show the role of the choice of law and jurisdiction in international contracts as the main right of natural and legal persons in the realm of private international law in any legal system to ensure efficient and predictable relations on a cross-border basis. And it is of note that this right of choice is recognized by foreign states if its exercise does not rely on misuse of rights. To attain this aim it is essential: 1) to uncover the mechanism of the choice of law and jurisdiction in international contracts; 2) to determine objective and subjective limits of the said choice in the private international law sphere; 3) to analyze cases of inefficient choice of foreign law and jurisdiction and propose solution to this problem.

Key words: *international contract, applicable law, choice of law and jurisdiction, private international law.*

Перед автором настоящей статьи поставлена цель отразить значение выбора права и юрисдикции в международных контрактах как основного правомочия в сфере международного частного права, закрепленного во всех правопорядках за субъектами частного права, для предсказуемой и эффективной реализации частных правоотношений на трансграничной основе. Особенность реализации такого права состоит в его признании иностранными государствами в том случае, если такая реализация не связана со злоупотреблением правом. Для достижения этой цели необходимо: 1) раскрыть механизм выбора права и юрисдикции; 2) определить объективные и субъективные пределы реализации права выбора, закрепленного в сфере международного частного права; 3) проанализировать случаи неэффективного выбора иностранного права и юрисдикции и предложить варианты решения данной проблемы.

Ключевые слова: *международный контракт, применимое право, выбор права и юрисдикции, международное частное право.*

В настоящее время международный контракт — это соглашение сторон, последовательно отражающее все либо преимущественно все аспекты совместной целенаправленной деятельности корпораций в различных сферах: от предпосылок осуществления данной деятельности до ее завершения в связи с полной реализацией, либо прекращением такой деятельности. В этом намерении сторон последовательно и наиболее полно отразить всю суть и

специфику отношений, возникающих между ними, нет ничего предвзятого. Комплексные отношения требуют комплексного подхода, поэтому на практике юристу–международнику приходится сталкиваться с составлением и правовой оценкой многотомных рамочных соглашений. Они требуют особого внимания и сосредоточенности на деталях. Именно детали определяют судьбу таких соглашений, а также результат совместной деятельности корпораций в целом. Не стоит забывать о том, что международный контракт — это основной инструмент развития корпораций, предполагающий освоение новых рынков (вне зависимости от их специализации) и занятие определенного места на них.

Предсказуемая реализация данного инструмента предполагает и фактически строится на выборе применимого права и юрисдикции к отношениям и спорам, возникающим в его связи. Это связано с тем, что реализация такой деятельности затрагивает интересы двух и более корпораций, подчиненных самостоятельным правопорядкам. Каждый правопорядок характеризуется уникальным, порой не имеющим аналогов подходом к нормированию отдельных разновидностей деятельности, являющейся предметом договоренности сторон на трансграничной основе. При этом, такой выбор применимого права и юрисдикции не простая формальность, как некоторым может представляться. Для цели признания соответствующих судебных решений и защиты нарушенных прав и законных интересов практика предъявляет к нему строгие требования. Так, к примеру, он должен быть сделан вовремя — до начала разработки контракта с целью его последующего заключения. Тогда стороны смогут обменяться всей необходимой нормативной базой, имеющей отношение к существу сделки, и в рамках установленного правового поля прописать все ее характерные условия. Обратим внимание читателя на то, что такой выбор — это право, предоставленное физическому либо юридическому лицу (в отдельных случаях иностранному государству и международной организации), вызванное их частноправовой деятельностью, которая связана с несколькими правопорядками. Такая связь определяется и характеризуется правоотношением. Отсутствие правоотношения либо отсутствие связи с таким правопорядком устраняет вопрос о возможной реализации такого права. Однако, к сожалению, в большинстве случаев вопрос о применимом праве и юрисдикции решается после того, как согласован весь текст международного контракта, подлежащего принятию соответствующими сторонами. В этом случае можно с уверенностью заявлять о том, что стороны в ходе разработки контракта пребывают в состоянии полной неопределенности в отношении правовых последствий сделки, которую они готовят.

Здесь стоит отметить, что проблема выбора права¹ и юрисдикции состоит в том, что указанный выбор зачастую определяет судьбу отдельно взятого проекта, в рамках которого реализуется соответствующий международный

1 Отдельные аспекты выбора права для решения проблемы конфликта законов в наше время прекрасно проиллюстрированы в работе: Andrew T. Guzman, *Choice of Law: New Foundations* // *The Georgetown Law Journal*, Washington D.C., 2001, Vol. 90:883, p. 883–940.

контракт, либо характеризует правовой статус сторон международной частноправовой сделки в позитивном либо негативном ключе. Дело в том, что данный выбор сопровождается подчинением а) отношений, возникающих из международных контрактов, определенной правовой системе, которая по тем или иным причинам может быть как на стороне кредитора, так и на стороне должника вне зависимости от того, о какой разновидности отношений идет речь, и б) споров из таких отношений компетентному органу судебной власти, расположенному в самостоятельном правовом порядке, когда такое подчинение 1) не нарушает публично-правовые интересы государства, с которым такие отношения либо споры из этих отношений фактически наиболее тесно связаны, и 2) основано на свободном волеизъявлении сторон. При этом, какое бы правоотношение мы ни взяли, в различных правовых порядках оно рассматривается для цели международного частного права через такие субъективные категории как волеизъявление (имеется ли выбор права и в пользу какой правовой системы и юрисдикции он сделан) и такие объективные категории, как место и время (наличествует ли связь отношения с правовым порядком и в какой момент).

Под свободным волеизъявлением сторон в настоящем контексте понимается явно выраженное намерение сторон подчинить свои отношения с иностранным контрагентом либо в отношении имущества, локализованного за рубежом, отдельной правовой системе и юрисдикции, будь то национальная либо иностранная, когда такое намерение основано на осознанной и объективной оценке всех позитивных и негативных последствий реализации указанного права выбора и свободно от любого рода давления извне. Данное право выбора получило широкое закрепление во всех цивилизованных правовых порядках через практически повсеместное принятие концепции автономии воли или свободы волеизъявления. В сфере международного частного права², занятого разрешением правовых и юрисдикционных проблем, возникающих при реализации частных правоотношений на трансграничной основе, данная концепция трансформирует волю, выраженную в соглашении сторон, в обязательное для них и судебного органа установление. Исключения составляют случаи выхода за пределы, определенные применимым правом, и нарушения интересов третьих лиц.

Принимая во внимание такую роль международных контрактов в современной жизни корпораций как наиболее активных участников трансграничного коммерческого оборота, на долю которых приходится практически весь оборот товаров, услуг, капитала и технологий, а также значение эффективного

2 Подробнее о данной сфере в работах: L.v.Bar, *The Theory and Practice of Private International Law* // William Green & Sons Law Publishers, Edinburgh, 1892, M.Pothier, *A Treatise on the Law of Obligations or Contracts* // A.Strahan, London, 1806, Vol. 2., Albert A. Ehrenzweig, *Choice of Law: Current Doctrine and True Rules* // California Law Review, 1961, Vol. 49. Issue 2, p. 240-253, John Prebble, *Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contracts: A Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws* // Cornell Law Review, 1973. Vol. 58, Nr. 4, p. 635-732.

выбора права и юрисдикции к отношениям и спорам из таких контрактов, обратимся к особенностям использования оговорок о применимом праве и юрисдикции на практике, при заключении международных контрактов. В особенности, нас интересуют случаи трансформации отношений из международных контрактов, основанных на институтах одной системы частного права, в отношения, складывающиеся на базе институтов другой системы частного права при осуществлении выбора права после разработки и согласования текста таких контрактов. При этом, первое, что вызывает особый интерес, это характер и последствия такой трансформации отношений для их участников.

Ни для кого не секрет, что при разработке международного контракта каждая сторона придерживается правил и принципов той правовой системы, в которой локализована³. В этом можно видеть как объективные, так и субъективные причины. В первом случае это связано с тем, что любая деятельность частногоправового характера либо деятельность «по горизонтали» предполагает подчинение национальному правопорядку, имеющему свои характерные черты и особенности в зависимости от места, времени и обстоятельств. Во втором случае речь идет о том, что любая корпорация как объединение физических лиц, преследующих определенную цель такого объединения в независимом качестве (самостоятельного субъекта права), представлена конкретными физическими лицами. При установлении и согласовании правил и практик совместной трансграничной коммерческой деятельности с другими субъектами права указанные лица придерживаются правовой традиции, в которой воспитаны и с которой хорошо знакомы.

В зависимости от правовой системы содержание указанных выше правил и принципов, имеющих отношение к схожим институтам права, варьируется. Такой подход к особенностям наполнения содержанием различных форм права вызван разными историческими, географическими, культурными, религиозными и прочими характерными особенностями развития государств, действующих в интересах составляющих их лиц. В качестве одного из наиболее очевидных примеров такого различия можно привести институт права собственности. В зависимости от правопорядка за собственниками закрепляется неравный объем правомочий, разновидности собственности получают различное закрепление, переход права собственности сопровождается характерными для соответствующего правопорядка особенностями и т.д. Так, отношения по доверительному управлению имуществом и обеспечению прав на обратный переход прав на имущество (на англ. — *reversionary interests*), развитые в одних правовых системах (к примеру, в странах англо-саксонской правовой системы), могут быть не урегулированы в других правовых системах либо привести к другим правовым и иным последствиям (к примеру, в странах романо-герман-

3 Под локализацией для цели настоящей статьи понимается как место регистрации, так и место постоянного нахождения корпорации — стороны международного контракта.

ской правовой системы). В качестве другого примера можно привести цессию по праву справедливости (на англ. — equitable assignment). Она может быть реализована только там, где данный институт получил свое первоначальное закрепление (к примеру, в странах англо-саксонской правовой системы).

Если же такой международный контракт, составленный, к примеру, корпорациями из России и Англии, подчинить французскому праву, то результат указанного подчинения будет совершенно не предсказуемым для обеих сторон. Это связано прежде всего с тем, что Россия и Англия представляют две разных правовых системы (романо-германскую и англо-саксонскую), предъявляющие различные требования к форме и содержанию сделок. Более того, у них неодинаковое видение формы (источника) права и его содержания. Основная причина состоит в том, что в силу указанных ранее разных исторических, географических, культурных, религиозных и иных особенностей институализация права в данных государствах строится на систематизации идей, отвечающих их публичным интересам, и поэтому представлена особенностями, характерными для места их закрепления. В этом суть различия между данными правовыми системами при принятии, применении и толковании норм права. В случае же трансформации отношений ее последствия могут быть самыми непредсказуемыми. Однако становится очевидным, что вместо обеспечения прав и законных интересов такой международный контракт ведет к их неопределенности и возможному нарушению. Отрыв же от правовой традиции в сфере частного права невозможен. Кто-то может возразить, сославшись на *lex mercatoria*⁴ и современные формы его выражения, свободно инкорпорируемые в нормы международных контрактов. Однако без согласия на то национально-правовых систем так называемое «современное торговое право» не имело бы никакой силы и субъекты частного права не могли бы его использовать в качестве средства разрешения различных проблем, с которыми они неизбежно сталкиваются в ходе осуществления внешнеэкономической деятельности, связанной с повышенными коммерческими, финансовыми, экономическими, политическими и иными рисками.

Тем не менее, международные контракты, содержащие оговорку о применимом праве, не имеющем никакого отношения к возникшим между сторонами отношениям, широко встречаются на практике. Более того, в некоторых случаях имеет место не просто отсылка к материальному праву иностранного государства, но к определенному акту иностранного законодательства. Так, к примеру, в контрактах, заключаемых российскими государственными корпорациями с их английскими контрагентами, можно встретить оговорку о применении кодекса об обязательствах третьего государства, к примеру, Швейцарии, не имеющей никакой связи с отношениями, возникшими из таких контрактов.

4 Подробнее о *lex mercatoria* в замечательной работе: Stephen E. Sachs, From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval “Law Merchant” // Student Scholarship Papers, 2005, Nr. 5., p. 685-812.

Возможно ли считать такую отсылку уместной и эффективной? На наш взгляд, нет. Во-первых, такой акт служит интересам отдельной правовой системы, внутри которой он принят и цели которой он отвечает, распространяя свое действие на определенный круг лиц. Это субъекты определенного права (России, Англии, Швейцарии). Во-вторых, любой нормативно-правовой акт, насколько бы полным он ни был, не может урегулировать все вопросы, возникающие в ходе реализации комплексного международного контракта. Не затронутые таким актом вопросы подлежат разрешению на основе применимого права, непосредственно и тесно связанного с отношениями, возникшими у сторон международного контракта. Такая тесная связь может быть 1) объективной, определяемой через прямое и непосредственное подчинение объекта правоотношений соответствующему правопорядку, либо 2) субъективной, когда тот или иной правопорядок рассматривает физическое либо юридическое лицо (субъект правоотношения) в качестве национального в силу гражданства, постоянного места жительства в данном правопорядке либо по иным основаниям, отраженным в его нормативно-правовой базе.

В зависимости от места рассмотрения и специфики спора из международного контракта, заключенного российской и английской корпорациями, применимым к таким незакрытым вопросам будет или российское, или английское право. Это значит, что международный контракт необходимо разделить на части, одна часть будет подпадать под действие права Швейцарии, другая часть будет рассматриваться на основе права, наиболее тесно связанного с отношениями. Это право, определенное в суде либо международном коммерческой арбитраже в качестве применимого (право России или Англии). В теории такое деление не вызывает проблем, но на практике оно служит причиной порой непреодолимых трудностей. Все дело в том, что правоотношения как урегулированные правом различные разновидности общественных отношений, в которые вступают правоспособные лица, неделимы по своей природе. Невозможно без ущерба для самих правоотношений в рамках одного и того же международного контракта подчинить наделение правами материальному праву одного государства, а исполнение обязанностей — праву другого государства. Права только тогда считаются правомочиями, когда обеспечены и ограничены обязанностями и ответственностью. Все три категории — элементы правового статуса субъекта права. Этот статус неделим. По этой причине в данном случае какая-то часть общественных отношений будет либо подпадать под две независимых правовых системы, что приведет к их столкновению, либо останется неурегулированной.

Это значит, что отсылка к иностранному праву для разрешения любых спорных вопросов, возникающих при исполнении международных контрактов, будет только тогда считаться реализуемой и эффективной, когда она является следствием внимательного обращения к нормам и принципам иностранного права в тексте таких контрактов. Международный контракт должен найти логическое основание, продолжение, уточнение и завершение в тех правовых концепциях

и принципах регулирования деятельности, которые заложены и характерны для соответствующей правовой традиции, без использования чуждых ей идей. Это значит, что при установлении прав и обязанностей сторон в контракте, порядка их осуществления, все эти положения должны следовать из норм применимого права, не противоречить им, дополняя и развивая указанные нормы. Иначе стороны, вступающие в договорные правоотношения, вместо обеспечения предсказуемого разрешения всех неизбежно возникающих в их связи спорных вопросов, становятся заложниками собственного неэффективного выбора права.

В полной мере эффективным такой выбор можно считать только тогда, когда в случае разрешения любых споров, возникающих из международных контрактов, обеими сторонами достигается цель их реализации. Это значит, что, несмотря на возникновение конфликта прав и законных интересов, стороны, предвидев такой негативный сценарий развития отношений, предусмотрели надежный механизм снижения рисков и по результатам его использования добились того, к чему стремились при вступлении в коммерческие отношения на трансграничной основе. Обеспечение такой предсказуемости возможно только в том случае, когда при выборе иностранного права в качестве применимого права, идет работа по составлению либо приведению проекта международного контракта в полное соответствие с его требованиями. Указанная работа должна быть основана на анализе концепций, лежащих в основе тех или иных норм и принципов иностранного права, получивших закрепление в тексте международного контракта; прогнозировании результатов обращения к ним в случае отказа одной из сторон от исполнения принятых на себя контрактных обязательств; обеспечении механизма стимулирования добросовестного исполнения сторонами принятых на себя обязательств. На последнее обращаем особое внимание, так как, какими бы доброжелательными ни были отношения сторон при заключении сделки, от того, что и как изложено в их контракте, будет зависеть, останутся ли они такими же при ее закрытии.

Безусловно, коммерческая практика выработала различные средства профилактики и борьбы с неисполнением на любом отрезке реализации международного контракта: от выпуска банковских гарантий исполнения (на англ. — *performance bonds*) при осуществлении платежа до подтверждения различными финансовыми и иными структурами надлежащего исполнения контракта (в целом либо его части). Однако если по тем или иным вопросам стороны не пришли к соглашению, это чаще всего именно те вопросы, которые не урегулированы международным контрактом, единственный выход из сложившейся ситуации — обращение в компетентную судебную инстанцию либо международный коммерческий арбитраж. Однако осуществление выбора такой инстанции по разрешению спора также многими юристами-международниками не воспринимается всерьез. Анализ международных контрактов с участием российских государственных корпораций показывает, что это место разрешения спора является совершенно случайным, не имеющим никакой связи с

возникшими отношениями. Более того, в последнее время в связи с введенными против нашего государства санкциями, государственные корпорации стали отказываться от стран Европы и США в качестве места разрешения споров из международных контрактов и прибегают к странам Азии. Естественно, вопрос случайности связи избранной юрисдикции с реализуемыми правоотношениями не решен и не может быть решен. Однако здесь возникает другой вопрос, заслуживающий нашего пристального внимания. Это зависимость российских государственных корпораций, которые как по шаблону указывают в своих контрактах в качестве места разрешения спора Китайскую международную экономическую и торговую арбитражную комиссию со штаб-квартирой в Пекине⁵, от иностранных правопорядков в вопросах разрешения споров из международных контрактов таких корпораций.

Итак, включение любого положения в международный контракт, если такой контракт не бессмысленное объединение разрозненного, что также иногда встречается на практике, должно сопровождаться объективной оценкой последствий его реализации в обычных условиях, связанных с его надлежащим исполнением обеими сторонами, а также в чрезвычайных — при невозможности исполнения⁶ либо отказе от исполнения международного контракта одной из сторон. Нельзя недооценивать тот факт, что все предусмотреть объективно невозможно. Но эта не учтенная сторонами часть должна найти разрешение с минимальными для них потерями в понятной для обеих сторон правовой системе, которая непосредственно связана с реализуемыми ими договорными отношениями. В этом случае выбор права будет естественным решением всех возникающих в ходе реализации международных контрактов проблем. В противном случае существенно увеличивается риск дополнительных потерь и не достижения цели вступления в договорные отношения, состоящей в получении прибыли от коммерческой деятельности на трансграничной основе. По этой причине оговорка о применимом праве и юрисдикции — важная составляющая эффективного международного контракта вне зависимости от его предмета и стоимости. Она обеспечивает предсказуемую деятельность по трансграничному перемещению лиц, товаров, услуг, капитала и технологий в интересах непосредственно участвующих в данной деятельности лиц, а также взаимодействующих таким образом государств с целью обеспечения указанного выше беспрепятственного перемещения.

5 Подробнее данная проблематика освещается в статье: Кауракова М.В. *Особенности рассмотрения инвестиционных и иных споров с участием российского государства в арбитражной комиссии в Пекине* // Studii Juridice universitare. — Chisinau: Universitatea Libera Internationala din Moldova, 2017, Nr. 1–2., с. 104–109.

6 Проблема невозможности исполнения контрактов в наиболее сжатом виде прекрасно освещается в работе: Alfredo M. Rabello, *The «Impossible Contract»: From Roman Law to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law* // Unisa Press, 2010, Nr. 16 (1), p. 346–358.