

Д.П. СТРИГУНОВА

ПРАВОВОЕ
РЕГУЛИРОВАНИЕ
МЕЖДУНАРОДНЫХ
КОММЕРЧЕСКИХ
ДОГОВОРОВ

Монография

Том 1

Дина Стригунова

**Правовое регулирование
международных коммерческих
договоров. В 2 томах. Том 1**

«Юстицинформ»

2017

УДК 341.96
ББК 67.404

Стригунова Д. П.

Правовое регулирование международных коммерческих договоров.
В 2 томах. Том 1 / Д. П. Стригунова — «Юстицинформ», 2017

ISBN 978-5-7205-1388-7

Целью настоящей работы является анализ актуальных проблем правового регулирования международных коммерческих договоров, современных тенденций и перспектив развития их правового регулирования, а также выработка основных предложений по его совершенствованию прежде всего в рамках Евразийского экономического союза. Настоящее издание рекомендовано научным работникам, практикующим юристам, преподавателям, аспирантам, студентам и другим лицам, интересующимся проблемами правового регулирования международных коммерческих договоров.

УДК 341.96

ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1388-7

© Стригунова Д. П., 2017
© Юстицинформ, 2017

Содержание

Введение	6
Глава 1	7
§ 1. Понятие и признаки международного коммерческого договора	7
§ 2. Субъектный состав международных коммерческих договоров	29
§ 3. Форма международного коммерческого договора	46
§ 4. Особенности заключения международного коммерческого договора	62
Конец ознакомительного фрагмента.	72

Дина Стригунова
**Правовое регулирование международных
коммерческих договоров. В 2 томах. Том 1**

Моим любимым родителям и наставникам с благодарностью

To my beloved parents and mentors with gratitude

D.P. Strigunova

LEGAL REGULATION OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

Monograph

Volume 1

Moscow

YUSTITSINFORM

Strigunova D.P.

Legal regulation of international commercial contracts: a monograph. In 2 vols. Volume 1. / D.P. Strigunova. – M.: Yustitsinform, 2017. – 448 p.

978-5-7205-1388-7

The aim of this work is the analysis of actual problems of legal regulation of international commercial contracts, modern trends and prospects of development of their legal regulation, as well as the development of basic proposals for its improvement, primarily within the framework of the Eurasian Economic Union.

This publication is recommended to researchers, practicing lawyers, teachers, graduate students, students and other persons interested in the problems of the legal regulation of international commercial contracts.

Keywords: international commercial contract, legal regulation of international commercial contracts, international commercial law.

© LLC «Yustitsinform», 2017

Введение

Глобальной тенденцией современного этапа развития мировой экономики является международная интеграция, которая представляет собой движение к экономическому, валютно-финансовому, научно-техническому, информационному, правовому и политическому объединению, реализуемому посредством международного сотрудничества государств¹. Указанная интеграция затрагивает сферу международного коммерческого оборота, характеризующуюся постоянным расширением областей экономики, в которых осуществляется международная предпринимательская деятельность, и, следовательно, увеличением количества и разнообразия заключаемых здесь международных коммерческих договоров.

Одной из форм международной экономической интеграции является Евразийский экономический союз (ЕАЭС)², участницей которого является Российская Федерация. Тенденции глобализации, ускорения и углубления интернационализации экономики, взаимодействия и взаимовлияния государств³ обуславливают необходимость развития правового регулирования международных коммерческих договоров, которые смогут удовлетворять потребности участников международных коммерческих договоров, происходящих из различных государств. В рамках участия РФ в ЕАЭС и необходимости поддержания и укрепления связей внутри данной международной организации региональной экономической интеграции видятся актуальными совершенствование правового регулирования международных коммерческих договоров, заключаемых между участниками, происходящими из стран ЕАЭС, а также возможная унификация и гармонизация их законодательства в целях упрощения правового регулирования международных коммерческих договоров, заключаемых как внутри ЕАЭС, так и за его пределами.

¹ ЕврАзЭС и ЕС: тенденции взаимодействия в условиях глобализации. Экономико-правовые и валютно-финансовые аспекты / С.Н. Белоусов, А.В. Голубев, С.Г. Корнилович, Ю.В. Мишальченко, С.Л. Ткаченко. СПб.: Изд-во СПбЭ-ТУ «ЛЭТИ», 2013. – С. 5.

² Договор о Евразийском экономическом союзе (г. Астана, 29 мая 2014 г.) (в ред. от 8 мая 2015 г.) // Официальный интернет-портал правовой информации // Режим доступа: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 1 декабря 2016 г.).

³ Унификация и гармонизация в международном частном праве. Вопросы теории и практики: монография / Отв. ред. Г.К. Дмитриева, М.В. Мажорина. М.: Норма: ИНФРА-М, 2016. – С. 9.

Глава 1

Международный коммерческий договор как разновидность гражданско-правовой сделки

§ 1. Понятие и признаки международного коммерческого договора

Основным юридическим средством взаимодействия участников коммерческого оборота выступает гражданско-правовой договор. В сфере международного коммерческого оборота гражданско-правовой договор приобретает черты международного коммерческого договора. Международные коммерческие договоры опосредуют международную предпринимательскую деятельность сторон и отличаются от аналогичных внутренних сделок, а также сделок, которые хотя и осложнены иностранным элементом, но заключаются с участием потребителя.

До настоящего времени унифицированное международное правовое определение международного коммерческого договора отсутствует. За исключением договора международной купли-продажи товаров, договоров международного финансового лизинга и некоторых других международное материальное регулирование международных коммерческих договоров осуществляется не с помощью норм международных конвенций, а с помощью средств негосударственного регулирования, наиболее авторитетным и широко применяемым из которых являются Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА⁴. Однако определение международного коммерческого договора в них отсутствует.

На сегодняшний день, пожалуй, единственным международным нормативным актом рекомендательного характера, из содержания норм которого можно вывести определение международного коммерческого договора, являются Гаагские принципы по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г.⁵, разработанные Гаагской конференцией по международному частному праву⁶. В данном документе, с одной стороны, раскрывается понятие коммерческого характера рассматриваемого договора, который проявляется в том, что каждая из его сторон действует в порядке своей торговой или профессиональной деятельности (п. 1 ст. 1 Принципов). С другой стороны, его нормы позволяют сформулировать определение международного коммерческого договора в так называемой «негативной» форме, поскольку договор признается таковым, если только каждая из сторон не имеет своего обзаведения (*establishment*) в одном и том же государстве и если отношения сторон и все другие относящиеся к ним элементы не связаны с одним государством (п. 2 ст. 1 Принципов). Данное определение может быть принято во внимание при формулировании собственного определения международного коммерческого договора.

Полагаем, что определение понятия «международный коммерческий договор» должно строиться в следующей последовательности: договор – коммерческий договор – международный коммерческий договор.

Как известно, договор является разновидностью сделки. Сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение

⁴ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013 // СПС «Консультант Плюс».

⁵ The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (Approved 19.03.2015) // Режим доступа: URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>. (Дата обращения: 22 декабря 2016 г.).

⁶ Первые разработки данного документа появились в 2006 г.

гражданских прав и обязанностей (ст. 153 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ)⁷). Сделка выражает волю одного, двух или более лиц. В последних двух случаях сделка признается договором, то есть соглашением.

В понимании договора еще римское право позволяло рассматривать его с трех точек зрения: как основание возникновения правоотношения, как непосредственно правоотношение, как форму, которую принимает правоотношение. Указанное многозначное представление о договоре с определенными изменениями практически реализовано в ГК РФ и в гражданских кодексах других стран⁸.

Определение договора как соглашения двух или более лиц, направленного на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, содержится в гражданском законодательстве ряда государств романо-германской правовой семьи (например, ст. 1101 Французского гражданского кодекса (далее – ФГК)⁹, ст. 213 Гражданского кодекса Нидерландов (далее – ГКН)¹⁰). В Германском гражданском уложении (далее – ГГУ)¹¹ определения договора не содержится, однако часть норм, регулирующих договоры, помещена германским законодателем в раздел «Сделки», а другая часть – в раздел «Обязательственное право». В целом, как отмечается в литературе, несмотря на различную юридическую технику, под договором в праве стран континентальной Европы понимается соглашение, направленное на установление, прекращение или изменение прав и обязанностей¹².

Аналогичным образом понимается договор в гражданском законодательстве стран ЕАЭС, включая РФ, которые, как известно, тяготеют к романо-германской правовой семье. Соответствующие положения содержат п. 1 ст. 420 ГК РФ, а также п. 1 ст. 378 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК Казахстана)¹³, п. 1 ст. 390 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК Беларуси)¹⁴, п. 1 ст. 436 Гражданского кодекса Республики Армения (далее – ГК Армении)¹⁵, п. 1 ст. 381 Гражданского кодекса Кыргызской Республики (далее – ГК Кыргызстана)¹⁶, построенных, как известно в соответствии с Модельным гражданским кодексом СНГ (далее – Модельный ГК СНГ)¹⁷. В соответствии с п. 1 ст. 415 последнего

⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Федеральный закон РФ № 51-ФЗ от 30 ноября 1994 г. (в ред. ФЗ № 354-ФЗ от 3 июля 2016 г.) //СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: общие положения. 2-е изд. М.: Статут, 2005. – С. 14–15.

⁹ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) от 21 марта 1804 г. / Пер. с фр. В.Н. Захватаева М.: Инфотропик Медиа, 2012.

¹⁰ Гражданский кодекс Нидерландов / Пер. М. Ферштман; отв. ред. Ф.Й. М. Фельдбрюгге. Лейден: Лейденский университет, 2000. Кн. 2, 3, 5–7. – С. 339.

¹¹ Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению. 4-е изд., перераб. М.: Инфотропик Медиа, 2015.

¹² Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп.: в 2-х т. М.: Междунар. отношения, 2008. Т. 1. – С. 495.

¹³ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Принят Верховным советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 г. (с изм. от 26 июля 2016 г.) // Информационная система «Параграф» // Режим доступа: URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sdoc_params (дата обращения: 23 декабря 2016 г.).

¹⁴ Гражданский кодекс Республики Беларусь. Принят 7 декабря 1998 г. (с изм. от 23 декабря 2016 г.) // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь // Режим доступа: URL: http://etalonline.by/?type=text®num=НК9800218#load_text_none_1_1 (дата обращения: 23 декабря 2016 г.).

¹⁵ Гражданский кодекс Республики Армения. Принят 5 мая 1998 г. (с изм.) // Режим доступа: URL: <http://www.parliament.ann/legislation.php?ID=1556&lang=rus&sel=show> (дата обращения: 23 декабря 2016 г.).

¹⁶ Гражданский кодекс Кыргызской Республики. Принят 8 мая 1996 г. (с изм. от 23 июля 2016 г.) // Информационная система «Параграф» // Режим доступа: URL: http://online.adviser.kg/Document/?doc_id=30212538 (дата обращения: 23 декабря 2016 г.).

¹⁷ Гражданский кодекс. Модель. Рекомендательный законодательный акт Содружества Независимых Государств. Часть первая. Принят на пятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников Содружества Независимых Государств 29 октября 1994 г. // Приложение к Информационному бюллетеню. Межпарламентская ассамблея государств – участников Содружества Независимых Государств. 1995. № 6. – С. 3–192.

договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

В английском праве отсутствует легальное определение договора, указанная дефиниция выработана судебной практикой и отличается от континентальной правовой модели. Под договором здесь понимается обещание (*promise*) или ряд обещаний, снабженных исковой защитой. Правовая доктрина и практика Великобритании сохранили средневековую традицию в понимании договора, согласно которому он по общему правилу представляет собой правовое обещание, состоящее из оферты, акцепта и встречного удовлетворения. В других случаях указанное правовое обещание оформлено в виде «договора за печатью»¹⁸.

Английское понимание договора было воспринято в США, его определение содержится в § 1 Свода договорного права (*Restatements of the Law of Contracts*)¹⁹. В то же время с момента введения в действие Единообразного торгового кодекса США (далее – ЕТК США) договор стал пониматься как «правовое обязательство в целом, вытекающее из соглашения сторон» (п. 11 ст. 1-201)²⁰. Данное определение используется в сфере торгового оборота, но его появление, безусловно, свидетельствует о сближении американского права с правом стран романо-германской правовой семьи.

Таким образом, договор есть соглашение, порождающее обязательство сторон, его заключивших. В англо-американской правовой семье договор рассматривается как обещание. ЕТК США послужил основой для сближения понимания договора в англо-американской и романо-германской правовых системах.

Среди всех гражданско-правовых договоров особое значение имеют коммерческие договоры, которыми опосредуется предпринимательская деятельность их участников. В странах с дуалистической системой частного права используется понятие «торговая сделка», которое регулируются прежде всего нормами торговых кодексов (например, во Франции – Французским торговым кодексом (далее – ФТК)²¹, в Германии – Германским торговым уложением (далее – ГТУ)²²). В странах с монистической системой частного права выделения торговых сделок не происходит: все сделки, включая торговые, подлежат регулированию нормами гражданского законодательства, предусматривающего общее регулирование как для торговых (коммерческих), так и для неторговых сделок (ГК Италии, Швейцарии, Нидерландов, РФ и других стран ЕАЭС). То же самое можно сказать и о правовой системе Великобритании, где отсутствует деление права на публичное и частное. В то же время в США, несмотря на отнесение торговых сделок к общей системе права, принят ЕТК США, в котором содержатся специальные нормы, посвященные регулированию торговых отношений и торговых сделок.

При определении понятия торговой сделки (фр. *acte de commerce*, нем. *Handelgeschäft*) законодательство европейских стран исходит из двух критериев признания их коммерческого характера – объективного и субъективного. Объективный критерий используется во Франции, Бельгии, Испании и некоторых других странах. Он означает, что сделка признается торговой в связи с ее содержанием. В этой связи, например, в ФТК определяется круг сделок, притом относимых к торговым вне зависимости от того, совершаются они коммерсантами или неком-

¹⁸ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. – С.495.

¹⁹ Restatement (Second) of the Law of Contracts // Режим доступа: URL: [www. lexinter.net/LOTWVers4/promissory_estoppel.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/promissory_estoppel.htm) (дата обращения: 29 декабря 2016 г.).

²⁰ Единообразный торговый кодекс США/Пер. с англ. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996 (Серия: Современное зарубежное и международное частное право).

²¹ Коммерческий кодекс Франции / Предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В. Н. Захватаева. М.: Волтере Клувер, 2008; Коммерческий кодекс Франции (Регламентарная часть) / Предисловие, перевод с французского, комментарии и примечания В.Н. Захватаева. М.: Волтере Клувер, 2010.

²² Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах / Сост. В. Бергман; пер. с нем.: Е.А. Дубовицкая; науч. ред.: Т.Ф. Яковлева. 2-е изд., перераб. М.: Волтере Клувер, 2009.

мерсантами (ст. 632 и 633 ФТК). Однако объективный критерий во Франции в чистом виде не используется: к торговым сделкам отнесены также сделки, совершаемые между купцами, торговцами и банкирами (ст. 632 ФТК), чем признается субъективный критерий отнесения сделок к торговым²³.

В законодательстве Германии, наоборот, основным является субъективный критерий: в § 343 ГТУ предусмотрено, что торговыми сделками являются все сделки коммерсанта, относящиеся к его коммерческой деятельности. При этом отмечено, что торговыми признаются сделки, в которых хотя бы одной стороной выступает коммерсант²⁴. Субъективный критерий признания сделки торговой дополняется в Германии объективным критерием, в соответствии с которым к торговым сделкам закон относит сделки по приобретению и перепродаже товаров и ценных бумаг, страховые, банковские, транспортные, комиссионные и другие сделки²⁵.

Таким образом, торговые сделки понимаются в европейских странах довольно широко, к таковым могут быть отнесены и такие, в которых лишь один из участников является коммерсантом, а также ряд сделок, признаваемых по своему содержанию торговыми, которые могут быть совершены не-коммерсантами. В то же время по всем правовым системам сделки, заключаемые между коммерсантами, считаются торговыми (коммерческими).

Признание сделки торговой по зарубежному праву влечет ряд правовых последствий. К подобным сделкам применяются особые правила, касающиеся их заключения: в силу предписаний торгового права такие сделки совершаются в упрощенной форме; облегчается процесс их доказывания; споры из торговых сделок рассматриваются торговыми судами²⁶.

В российском законодательстве термины «торговый договор» или «коммерческий договор» отсутствуют. В ст. 2 ГК РФ содержится определение предпринимательской деятельности, из которого можно вывести определение предпринимательского договора. Подобный договор может заключаться не только между предпринимателями, но и между предпринимателем, с одной стороны, и потребителем, с другой стороны. Подобное широкое определение предпринимательского договора содержится и в отечественной доктрине²⁷.

Термин «коммерческий» используется в отечественном гражданском законодательстве и косвенно, на наш взгляд, указывает на то, что лица, занимающиеся коммерческой деятельностью, делают это в порядке профессии. Так, в п. 1 ст. 50 ГК РФ содержится определение и проводится разграничение между коммерческими и некоммерческими организациями, из которых первые занимаются предпринимательством профессионально. Термин «коммерческий» в определении коммерческого представителя, содержащемся в п. 1 ст. 184 ГК РФ, на наш взгляд, также отражает специфику и профессионализм указанного коммерческого деятеля.

В более широком смысле используется термин «коммерческий» в Принципах УНИДРУА 2010 г. и Гагских принципах по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г. По смыслу указанных документов к коммерческим договорам отнесены здесь не только те, которые заключаются между коммерсантами, но и те, стороны которых действуют в порядке профессиональной деятельности. К последним, очевидно, могут быть отнесены договоры с адвокатами, врачами и т. д. В Комментариях к Принципам УНИДРУА 2010 г. отмечается, что «концепция “коммерческих” договоров должна пониматься широко, с тем чтобы включать не только предпринимательские сделки по поставке товаров или услуг или обмену ими, но также другие типы экономических сделок, такие как инвестиционные и / или кон-

²³ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. – С. 168.

²⁴ Торговое уложение Германии. М., 2009. – С. 196.

²⁵ Торговое уложение Германии. Комментарий к § 1 ГТУ. М., 2009. – С. 23.

²⁶ Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада. М.: Дело, 1992. – С. 75; Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. – С. 168–169.

²⁷ Напр.: Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: Инфра-М, 2010. – С. 926.

цессионные соглашения, договоры о предоставлении профессиональных услуг»²⁸. Таким образом, коммерческие сделки здесь являются аналогом экономических сделок, из которых можно выделить сделки, заключаемые между коммерсантами.

С учетом изложенного выше в настоящей работе внимание сосредоточено на тех коммерческих договорах, которые заключаются между коммерсантами, т. е. лицами, самостоятельно и профессионально занимающимися предпринимательской деятельностью. Используемое нами понятие коммерческого договора является более узким по сравнению с содержащимся в отечественной доктрине понятием предпринимательского договора и понятием экономической (коммерческой) сделки, имеющим место в Принципах УНИДРУА 2010 г., и не всегда совпадает с понятием торговой сделки, используемым в зарубежном законодательстве и доктрине.

В настоящем исследовании определение коммерческого договора строится на основании субъективного критерия, который не только позволяет более точно отделить указанные сделки от потребительских и иных, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, но и в целом соответствует российскому пониманию чисто коммерческих сделок, заключаемых между предпринимателями, а также имеет свои юридические последствия с точки зрения их регулирования нормами международного частного права (далее – МЧП), о чем будет сказано ниже. При этом с учетом того, что «при использовании термина “сделка” к отношениям в международной хозяйственной сфере в подавляющем большинстве случаев имеется в виду договор»²⁹, основное внимание в настоящей работе сосредоточено именно на этой разновидности сделок.

Использование же термина «сделка» в международном коммерческом обороте выглядит также обоснованным, поскольку «позволяет отграничить этот частноправовой регулятор взаимоотношений сторон от международных договоров (соглашений), подписываемых государствами»³⁰, которые также получили широкое распространение в данной сфере. По этой же причине вместо термина «договор» в международном коммерческом обороте часто используется термин «контракт» (*contract*)³¹.

Таким образом, заключаемые между коммерсантами и подлежащие рассмотрению в настоящей работе договоры именуются нами коммерческими. Иные договоры, включая потребительские, исключены из дальнейшего рассмотрения.

Как уже отмечалось, в российском законодательстве определения торговой сделки и коммерческого договора как ее разновидности отсутствуют. Однако в ГК РФ содержатся положения о гражданско-правовых договорах, которые могут заключаться лишь между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, т. е. по своему содержанию и субъектам представляют собой коммерческие договоры. К таким договорам относятся: договор поставки (ст. 508), договор контрактации (ст. 535), договор коммерческой концессии (ст. 1027), договор складского хранения (ст. 907), договор страхования предпринимательских рисков (п. 2 ст. 929), договор простого товарищества (ст. 1041). Однако этими видами договоров коммерческие договоры в праве РФ не исчерпываются. К ним в случаях, когда их участниками являются предприниматели, могут быть отнесены также договор финансовой аренды (лизинга), договор перевозки груза, договор подряда, договор возмездного оказания услуг, агентский договор, договор поручения и комиссии, а также целый ряд других гражданско-правовых договоров.

В этой связи считаем возможным включить в перечень рассматриваемых в настоящей работе следующие коммерческие договоры:

²⁸ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. – С. 2.

²⁹ Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М.: Международные отношения, 1994. – С. 65.

³⁰ Зыкин И.С. Указ. соч. – С. 268.

³¹ Напр.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2002.

а) гражданско-правовые договоры, заключаемые исключительно между коммерсантами, предусмотренные соответствующими нормами ГК РФ, которые были приведены выше;

б) гражданско-правовые договоры, которые при участии в них с обеих сторон коммерсантов приобретают характер коммерческих.

Как отмечал в свое время еще Г.Ф. Шершеневич, «отличие торговых сделок от общегражданских основывается не на особенностях их юридической природы, а только на цели, которой они служат»³². Цель коммерческих договоров – осуществление предпринимательской деятельности на профессиональной основе всеми их участниками.

Коммерческие договоры могут заключаться в пределах одного государства и являться по сути национальными, а могут иметь связь с правом двух или более государств, и тогда они именуется международными. Говоря о международном коммерческом договоре как разновидности гражданско-правовых сделок, нужно отметить, что термин «международный» применительно к сфере МЧП означает «содержащий иностранный элемент»³³.

В советском и российском законодательстве и доктрине для обозначения коммерческих договоров, содержащих иностранный элемент, в основном использовались термин «внешнеторговая сделка» и «внешнеэкономическая сделка».

Исторически первым является термин «внешнеторговая сделка», определение которого было предложено Ю. Чельцовым в 1926 г. В соответствии с ним:

а) внешнеторговая сделка сопряжена с актом ввоза или вывоза товара;

б) контрагенты сделки принадлежат к хозяйственной сфере различных государств;

в) необходимым условием является непосредственное участие в сделке с иностранным контрагентом отечественного экспортера или импортера³⁴.

Определение, сформулированное Ю. Чельцовым, затрагивало исключительно сделки внешнеторговой купли-продажи, что понятно, поскольку изначально указанный вид договора был единственным и продолжает до сих пор оставаться основным видом международных коммерческих договоров.

Несколько шире предлагали понимать внешнеторговую сделку Л.А. Лунц и И.С. Перетерский, относя к ним сделки с участием иностранцев, содержанием которых являлись операции по вывозу или ввозу товаров либо какие-либо подсобные операции, связанные с вывозом или ввозом товаров³⁵.

Законодательное закрепление термин «внешнеторговая сделка» получил в Гражданском кодексе РСФСР в 1964 г.³⁶ Указанный термин содержался в разделе VIII «Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства» при определении формы внешнеторговых сделок (ст. 565) и определения права, применимого к внешнеторговым сделкам (ст. 566), однако определение указанного термина здесь отсутствовало. Очевидно, этим был вызван всплеск определений внешнеторговых сделок в отечественной доктрине. Определяющим признаком указанных сделок были различная государственная принадлежность сторон сделки и их коммерческий (возмездный) характер³⁷. При этом О. Н. Садиков обращал внимание на предмет такой сделки, в качестве которой выступала внешнеторговая операция³⁸.

³² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. СПб., 1908. Т. 1. – С. 82.

³³ Об этом: Ануфриева Л.П. Соотношение международного права и международного частного права: правовые категории. М.: Спарк, 2002. – С. 17.

³⁴ Чельцов Ю. Понятие внешнеторговой сделки по законодательству СССР // Революционная законность. 1926. № 15/18. – С. 17–18.

³⁵ Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. Изд. 2-е, испр. и доп. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1959. – С. 45; Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М.: Спарк, 2002. – С. 446.

³⁶ Утв. ВС РСФСР 11 июня 1964 г. Утратил силу // Ведомости ВС РСФСР 1964. № 24. Ст. 407.

³⁷ Поздняков В.С., Садиков О.Н. Правовое регулирование отношений по внешней торговле СССР. Ч. 1. М., 1985. – С. 62; Мусин В.А. Международные торговые контракты. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1986. – С. 15.

³⁸ Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. М, 1984. – С. 131.

Позднее в отечественном законодательстве стал использоваться термин «внешнеэкономическая сделка». Указанный термин содержался в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (далее – Основы 1991 г.)³⁹ в разд. VII «Правоспособность иностранных граждан и юридических лиц. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров». Определение внешнеэкономической сделки здесь также отсутствовало. Как и прежде, нормы о внешнеэкономической сделке содержались в статье, посвященной ее форме (п. 1 ст. 165), а также в статье, содержащей привязки к отдельным разновидностям внешнеэкономических сделок (ст. 166).

В ГК РФ термин «внешнеэкономическая сделка» долгое время также использовался в связи с ее формой. До 1 сентября 2013 г. существовала норма п. 3 ст. 162 ГК РФ, согласно которой несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влекло ее недействительность. В соответствии с действовавшим до 1 сентября 2013 г. п. 2 ст. 1209 ГК РФ форма внешнеэкономической сделки, хотя бы одной из сторон которой являлось российское юридическое лицо (или индивидуальный предприниматель), личным законом которого являлось российское право, подчинялась независимо от места совершения этой сделки российскому праву.

Благодаря закреплению термина «внешнеэкономическая сделка» и в то же время отсутствию его определения в отечественном законодательстве, в отечественной доктрине были предприняты попытки формулирования определения понятия внешнеэкономической сделки. Наиболее популярное определение было предложено И.С. Зыкиным. По его мнению, к внешнеэкономическим сделкам относятся совершаемые в хозяйственных целях договоры (сделки) между лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах⁴⁰. В указанном определении национальность сторон не принималась во внимание, важным было нахождение коммерческих предприятий сторон на территории различных государств. Аналогичного мнения в понимании внешнеэкономической сделки придерживались Л.П. Ануфриева⁴¹, В.П. Звеков⁴², Г.З. Мансуров⁴³ и т. д.

Приведенные определения внешнеторговой и внешнеэкономической сделок не исчерпывают всего их разнообразия, получившего распространение в отечественной правовой науке⁴⁴. Вместе с тем подавляющее большинство сформулированных учеными определений внешнеторговой сделки были основаны на:

- а) операциях по экспорту-импорту товаров, работ, услуг, результатов интеллектуальной деятельности;
- б) различной государственной принадлежности участников сделки.

Большинство определений внешнеэкономической сделки основаны на местонахождении коммерческих предприятий ее сторон в различных государствах.

³⁹ Утв. ВС СССР 31 мая 1991 г. № 2211-1 // Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

⁴⁰ Зыкин И.С. Договор во внешнеэкономической деятельности. М.: Международные отношения, 1990. – С. 23.

⁴¹ Ануфриева Л.П. Международное частное право: учебник. Т. 2. Особенная часть. М.: БЕК, 2000. —С. 188–192.

⁴² Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М.: Норма, 2001. —С. 278.

⁴³ Мансуров Г.З. Международное частное право: учебное пособие. Екатеринбург, 2001. – С. 129.

⁴⁴ Елисеев И.В. Гражданско-правовое регулирование международной купли-продажи товаров. СПб., 2002. – С. 81, 83; Цветков И.В. Внешнеторговые сделки: правоприменительная практика: практическое пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002. – С. 11; Сеитова С.А. Правовое регулирование внешнеэкономических сделок в странах ЕвразЭС: дис... канд. юр. наук. М., 2008. – С. 9; Угрин Т.С. Договор международной купли-продажи товаров в системе гражданского права Российской Федерации: учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». 2-е изд., перераб. и доп. М.: ЮНИДИ-ДАНА; Закон и право, 2014. – С. 13; Бублик В.А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: проблемы теории, законотворчества и правоприменения. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1999. – С. 72; Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки. Правовое регулирование. М.: Международные отношения, 2005. – С. 14; Саушкин Д.В. Коллизионные нормы и арбитражные соглашения во внешнеторговых контрактах: дис... канд. юр. наук. СПб., 1994. – С. 22; Испаева Г.Б. Договор в международном частном праве: коллизионные проблемы: автореф. дис... д-ра юр. наук. Астана, 2010. – С. 25, 27.

Между тем на сегодняшний день указанные термины отсутствуют в отечественном законодательстве, равно как и специальные правила относительно их формы. В настоящее время указанные термины если и встречаются, то являются характерными для законодательных актов публично-правовой сферы, имеющих свою специфику⁴⁵. В этой связи для обозначения гражданско-правового договора, опосредующего предпринимательские отношения между коммерсантами из разных стран, наиболее приемлемым видится использование термина «международный коммерческий договор», являющегося более узким понятием термина «международная коммерческая сделка».

В отечественной правовой доктрине термин «международная коммерческая сделка» впервые был предложен Г.К. Дмитриевой. В соответствии с ее определением к международным коммерческим сделкам следует относить сделки, которые опосредуют предпринимательскую деятельность в сфере международных экономических отношений и совершаются между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся на территории разных государств⁴⁶. Данное определение во многом повторяет определение внешнеэкономической сделки, предложенное И.С. Зыкиным, но раскрывает ее содержание с позиции двух любых государств.

Сходное определение международного коммерческого контракта, указывающее на местонахождение его коммерческих предприятий в разных государствах, было сформулировано Н.Ю. Ерпылевой применительно к договору международной купли-продажи товаров⁴⁷. Аналогичным образом термин «международный коммерческий контракт» был использован в диссертации Н.Г. Вилковой⁴⁸.

Более широкое определение международного контракта предложено В.А. Канашевским, который считает, что контракт является международным, когда места ведения сторонами своей коммерческой деятельности (*places of business*) или «деловые заведения» (*establishments*) находятся в разных государствах либо когда контракт имеет иные существенные иностранные элементы⁴⁹.

Таким образом, авторы определений международных коммерческих сделок (контрактов) в основном следуют выработанному И.С. Зыкиным определению внешнеэкономической сделки, хотя в своей последней монографии В.А. Канашевский указывает на возможность наличия в таком контракте иных существенных иностранных элементов, оценка которых проводится судом исходя из конкретных обстоятельств дела.

В зарубежном праве и доктрине единообразного определения международного коммерческого договора выработано не было⁵⁰. Например, в одном из учебных пособий по международному торговому праву было предложено определение международной торговой сделки как любой сделки, которая выражает свою связь как минимум с двумя государствами посредством каких-либо обстоятельств⁵¹.

⁴⁵ Федеральный закон № 164-ФЗ от 8 декабря 2003 г. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (в ред. ФЗ № 233-ФЗ от 13 июля 2015 г.) // Собрание законодательства РФ. 2003. № 50. Ст. 4850; Федеральный закон «Об экспортном контроле» № 183-ФЗ от 18 июля 1999 г. (в ред. ФЗ № 216-ФЗ от 13 июля 2015 г.) // СЗ РФ. 1999. № 30. Ст. 3774.

⁴⁶ Международное частное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М.: ТК Велби: Проспект, 2004. – С. 364; Международное частное право: учебник. 4-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М.: Проспект, 2017. – С. 288–289.

⁴⁷ Ерпылева Н.Ю. Понятие, форма и порядок заключения международных коммерческих договоров // Внешнеторговое право. 2005. № 2.

⁴⁸ Вилкова Н.Г. Международные контракты: теория и практика унификации правового регулирования: дис... д-ра юр. наук М., 2001.

⁴⁹ Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М.: Международные отношения, 2016. – С. 21.

⁵⁰ Frick J.G. Arbitration and Complex International Contracts. The Hague: Kluwer Law International, 2001. – P. 5.

⁵¹ Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. М.: Амалфея, 1999. – С. 138.

В современных литературных источниках используются различные подходы при определении «международности» контракта, притом что по общему правилу им является факт нахождения места ведения сторонами договора своей деятельности в разных государствах⁵². П. Най (P. Nygh) считает, что для определения международного контракта важны не различная национальность, домициль или обычное местожительство сторон, а место исполнения контракта за рубежом⁵³. Французская судебная практика нередко считает в качестве такого критерия факт обмена экономическими ценностями через государственную границу⁵⁴. В США учитывается ряд критерий, в числе которых национальность сторон, существо переговоров по сделке, а также предмет договора. Как отмечает В.А. Канашевский, в решениях Верховного суда США по ряду дел было установлено, что международным считается контракт, который связан с многими юрисдикциями, различными законами, включая коллизионные нормы о выборе права для разрешения споров из контракта⁵⁵.

Таким образом, современные определения международных коммерческих договоров не отличаются единообразием и основываются:

а) на связи договора с двумя и более государствами посредством каких-либо обстоятельств (А. Тынель, Я. Функ);

б) на местонахождении коммерческих предприятий сторон в различных государствах (Г.К. Дмитриева, Н.Ю. Ерпылева);

в) на нахождении мест ведения сторонами коммерческой деятельности или деловых обзаведений в различных государствах либо иных существенных иностранных элементах (В.А. Канашевский);

г) на нахождении места исполнения договора в иностранном государстве (П. Най);

д) на обмене сторонами договора экономическими ценностями через государственную границу (французская судебная практика);

е) на различной национальности сторон и т. д.

В литературе высказывается мнение о том, что понятие внешнеэкономической (и, очевидно, международной коммерческой. – Д. С.) сделки не имеет самостоятельного значения в рамках МЧП. Как отмечает А.В. Асосков, для МЧП «важно лишь деление договоров на внутренние договоры (договоры, в отношении которых стороны не могут реализовать принцип автономии воли в части выбора применимого права) и трансграничные договоры (договоры, для которых признается действие механизма коллизионного выбора применимого права). Понятие внешнеэкономической сделки сегодня предназначено для обслуживания специальных правил валютного и таможенного законодательства⁵⁶. Похожую позицию занимает также Е.В. Ломакина⁵⁷. Г.М. Вельяминов считает, что понятие внешнеэкономической сделки является «рудиментом советской правовой системы», поскольку «мировая нормативная практика не отделяет их от иных коммерческих контрактов»⁵⁸.

С другой стороны, например, Е.В. Иванова высказывается в поддержку использования термина «международная коммерческая сделка» (читай – международный коммерческий дого-

⁵² Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 19.

⁵³ Nygh R. *Autonomy in International Contracts*. Oxford: Clarendon Press, 1999. – P. 50; Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 19.

⁵⁴ Delaume G. *Law and Practice of Transnational Contracts*. N. Y.: Oceana Publications, 1988. – P. 120; Канашевский В. А. Указ. соч. – С. 22.

⁵⁵ Цит. по: Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 22.

⁵⁶ Асосков А.В. *Коллизионное регулирование договорных обязательств*. М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 6.

⁵⁷ Ломакина Е.В. *Определение международного характера внешнеэкономической сделки // Актуальные проблемы международного частного права: материалы международной научно-практической конференции*. Челябинск, 13 декабря 2013 г. / Отв. ред. О.Ю. Малкин. М.: Издательство СГУ, 2014. – С. 124.

⁵⁸ Вельяминов Г.М. *Понятие международного частного права и наука о трансграничных частноправовых отношениях // Международное экономическое сотрудничество. Вопросы публичного и частного права/ Отв. ред. д-р. юр. наук, проф. Ю.М. Юмашев / Труды Института государства и права Российской академии наук*. 2015. № 3. – С. 147.

вор. – Д. С.), считая, что с его помощью можно «четко отграничить сделки коммерческого и потребительского характера»⁵⁹ в сфере международного оборота.

Считая справедливым мнение относительно ненужности использования понятия внешнеэкономической – равно как и внешнеторговой – сделки в сфере частного права, в то же время считаем, что правовое регулирование международных коммерческих договоров по сравнению с потребительскими или трудовыми договорами, хотя бы и осложненными иностранным элементом, все же имеет свою специфику. В этой связи полагаем, что выделение из всех гражданско-правовых сделок с иностранным элементом международных коммерческих договоров является обоснованным. Специфика последних заключается в целом ряде аспектов, среди которых роль международных конвенций в регулировании международных коммерческих сделок, возможность для сторон избирать в качестве применимого права источники *lex mercatoria*, возможность для сторон обращаться для разрешения спора в международные третейские суды, отсутствие специальных норм, направленных на защиту прав потребителя в международных коммерческих договорах, поскольку в таковых они не участвуют, и так далее, о чем будет далее. Кроме того, в современной отечественной доктрине указанный термин широко используется такими учеными, как Н.Г. Вилкова, Г.К. Дмитриева, Н.Ю. Ерпылева, В.А. Канашевский. Он нашел свое закрепление в Принципах УНИДРУА и Гаагских правилах по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г.

При формулировании определения *международного коммерческого договора* основная проблема заключается в том, чтобы определить один или несколько критериев (признаков), которые, помимо обоюдного коммерческого характера для участников договора, могут быть использованы при отнесении его именно к международным, а не национальным коммерческим договорам.

Международные коммерческие договоры опосредуют гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом, которые входят в предмет науки МЧП. Однако ни зарубежное, ни российское законодательство по МЧП не содержит исчерпывающего перечня иностранных элементов.

В РФ правовое регулирование отношений, осложненных иностранным элементом, осуществляется, прежде всего, с помощью раздела VI ч. III ГК РФ⁶⁰, где в п. 1 ст. 1186 приводится открытый перечень иностранных элементов. Следуя указанной статье, в отечественной доктрине традиционно принято выделять следующие виды иностранного элемента: один из субъектов отношений является иностранным физическим или юридическим лицом; объект отношения (в частности, имущество и интеллектуальная собственность) находится за границей; юридический факт имеет место за границей⁶¹.

Анализируя в своей работе понятие иностранного элемента, В.Е. Иванова приходит к выводу о том, что иностранный элемент является компонентом элемента гражданского правоотношения (субъекта, объекта или юридического факта), который указывает на юридическую связь данного отношения с правопорядком двух и более государств⁶². Определенной особенностью характеризуется иностранный элемент в международной перевозке, поскольку в данном случае он присущ процессу перемещения, составляющему суть транспортной деятельности⁶³.

⁵⁹ Иванова Е.В. Внешнеэкономические сделки в международном частном праве: дис... канд. юр. наук. Белгород, 2009. – С. 81.

⁶⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Федеральный закон № 146-ФЗ от 26 ноября 2001 г. (в ред. ФЗ № 333 от 3 июля 2016 г.) // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

⁶¹ Богуславский М. М. Международное частное право: учебник. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2011. – С. 18; Международное частное право: учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. – С. 8–9.

⁶² Иванова Е.В. Внешнеэкономические сделки в международном частном праве. – С. 86–87.

⁶³ Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. М., 1981. —С.5.

Об иностранном элементе следует говорить не только применительно к правоотношениям, как это следует из ст. 1186 ГК РФ, но и применительно к сделкам, служащим основаниями для их возникновения. В международных коммерческих договорах как разновидностях сделок, осложненных иностранным элементом, данный элемент присутствует прежде всего на стороне *субъектов*, т. е. участников указанных договоров. Следуя собственной позиции относительно понимания коммерческих договоров (участниками которых являются коммерсанты), считаем, что в международных коммерческих договорах их стороны находятся в разных государствах, что, как правило, свидетельствует об их различной национальности (государственной принадлежности).

Критерий различной государственной принадлежности сторон сделки представляет собой чисто юридический критерий, на основании которого может быть осуществлена квалификация международного коммерческого договора как разновидности гражданско-правовой сделки.

Именно критерий различной государственной принадлежности сторон сделки в основном использовался в советское время для квалификации сделки как внешнеэкономической или внешнеэкономической. Не в последнюю очередь это было связано с господствовавшим в СССР политическим строем, который обуславливал невозможность занятия предпринимательской, в том числе международной коммерческой, деятельностью всех желающих лиц (отсутствие свободы осуществления предпринимательской деятельности, впоследствии получившей закрепление в Конституции РФ 1993 г.). В этой связи советские организации, которым было предоставлено право занятия такой деятельностью, имели свои коммерческие предприятия в Советском Союзе, а их контрагентами выступали иностранные предприниматели⁶⁴.

Между тем считаем, что и в настоящее время критерий различной государственной принадлежности (национальности) сторон – участников коммерческой сделки позволяет квалифицировать такую сделку (договор) в качестве международного коммерческого договора. Так, например, договор купли-продажи товаров, заключенный между российской и итальянской коммерческими организациями, по общему правилу должен квалифицироваться как международная коммерческая сделка (договор).

Из указанного критерия исходят законодатель и государственные правоприменительные органы при рассмотрении споров, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, в том числе осложненных иностранным элементом. Так, в соответствии со ст. 247 АПК РФ⁶⁵ арбитражные суды РФ рассматривают дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, с участием иностранных организаций, международных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, в случаях, установленных АПК РФ.

Критерий различной государственной принадлежности сторон сделки представляет собой чисто *юридический* критерий, на основании которого может быть осуществлена квалификация международного коммерческого договора как разновидности гражданско-правовой сделки. Особенно ярко данный критерий прослеживается при рассмотрении международных коммерческих сделок, заключаемых российскими предпринимателями, контрагентами которых выступают иностранные предприниматели. Заключение подобных сделок влечет определенные правовые последствия, включая возможность избрать применимое к заключаемому их договору право, возможность избрать негосударственные регуляторы для регулирования своего договора, возможность обратиться в международный третейский суд и т. п.

⁶⁴ Напр.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М.: 1959. – С. 126–127; Лунц Л.А. Курс международного частного права. – С. 446, 449.

⁶⁵ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Федеральный закон РФ № 95-ФЗ от 24 июля 2002 г. (в ред. ФЗ № 435-ФЗ от 19 декабря 2016 г.) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

Вместе с тем коммерсанты могут иметь одинаковую государственную принадлежность (национальность), но осуществлять деятельность на территории различных государств. В подобных случаях критерий различной государственной принадлежности сторон для квалификации коммерческой сделки как международной может не работать. В этой связи в настоящее время в большинстве трудов современных ученых для характеристики коммерческой сделки как внешнеэкономической / внешнеторговой (международной коммерческой) используется критерий нахождения коммерческих предприятий сторон сделки на территории различных государств. Указанный критерий уже давно применяется в праве развитых (ранее – буржуазных) государств и получил закрепление в целом ряде международных конвенций.

В отличие от критерия разнациональности сторон сделки критерий местонахождения коммерческих предприятий сторон в различных государствах является *экономическим*, поскольку в соответствии с ним квалификация международного коммерческого договора происходит не по субъекту или предмету сделки, являющихся ее элементами, а по месту, где осуществляют свою деятельность стороны договора.

Впервые термин «местонахождение коммерческих предприятий в разных государствах» появился в Гаагских конвенциях 1964 г.: в Конвенции относительно единообразного закона о международной купле-продаже товаров и в Конвенции относительно единообразного закона о заключении контрактов по международной купле-продаже товаров⁶⁶. Однако помимо указанного критерия, выступающего в качестве основного, требовалось наличие одного из трех дополнительных критериев, указанных в Конвенциях: пересечение товара через границу, совершение оферты и акцепта в разных странах, передача товара на территории государства иного, нежели место совершения оферты и акцепта. Эти дополнительные критерии делали структуру Гаагских конвенций громоздкой и, по справедливому мнению Г.К. Дмитриевой, приводили к неоправданному исключению конкретных сделок из международного оборота⁶⁷. На недостатки указанных дополнительных критериев обращал внимание также В.А. Мусин⁶⁸.

Несмотря на определенные недостатки, Гаагские конвенции 1964 г. оказали влияние на развитие международного правового регулирования договоров. Так, уже в следующих международных конвенциях достаточным критерием для отнесения договора купли-продажи к международному было соблюдение единственного признака: нахождение коммерческих предприятий сторон договора в разных государствах. Указанный критерий получил отражение в ст. 2 Нью-Йоркской конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г.⁶⁹, ст. 1 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.⁷⁰, ст. 1 Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г.⁷¹, ст. 3 Оттавской конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г.⁷² и ст. 2 Оттавской конвенции о международном факторинге 1988 г.⁷³, Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.⁷⁴ Как отмечает Г.К. Дмитриева, модификации рассматриваемого признака закреплены и в международных транспортных договорах (например, порт погрузки и порт назначения находятся в разных государ-

⁶⁶ В силу не вступили. Регистр международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Нью-Йорк: ООН, 1971. Т. 1.-0.46,80.

⁶⁷ Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. 2004.– С. 362.

⁶⁸ Мусин В.А. Указ. соч. – С. 8.

⁶⁹ Вестник ВАС. 1993. № 9. РФ не участвует.

⁷⁰ РФ участвует. Вестник ВАС РФ. 1994. № 1.

⁷¹ РФ не участвует. В кн.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – С. 209–220.

⁷² СЗ РФ. 1999. № 32. Ст. 4040.

⁷³ СЗ РФ. 2015. № 15. Ст. 2198.

⁷⁴ Текст в кн.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. – С. 467.

ствах – п. 1 ст. 2 Конвенции ООН о морской перевозке грузов от 31 марта 1978 г.⁷⁵)⁷⁶. Анализ норм указанных Конвенций подтверждает, что использование критерия местонахождения коммерческих предприятий в различных государствах является общепризнанным в мировой практике.

Следует отметить (и на это обращается внимание в литературе⁷⁷), что использование критерия нахождения коммерческих предприятий сторон не позволяет решить всех проблем с определением «международности» коммерческой сделки. Основная проблема вызвана отсутствием единого толкования понятия «коммерческое предприятие». Большинство конвенций, в которых используется указанный термин, в том числе указанные выше, не раскрывают его содержания.

Понятие «коммерческое предприятие» (*place of business*) раскрывается в Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г.⁷⁸ В п. «h» ст. 4 указанной конвенции сказано, что «коммерческое предприятие» означает любое место, в котором сторона сохраняет не носящее временного характера предприятие для осуществления иной экономической деятельности, чем временное предоставление товаров или услуг из конкретного места. При этом нужно отметить, что в английском варианте используется термин “*place of business*”, который, очевидно, должен переводиться как «место коммерческой деятельности», а не «коммерческое предприятие». То же самое нужно сказать и об англоязычных версиях других конвенций, в частности Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи 1980 г., где также используется термин “*place of business*”, переведенный на русский язык как «коммерческое предприятие».

Близким, на наш взгляд, понятию «коммерческое предприятие» является термин «деловое обзаведение» (*establishment*), который используется в Гаагских правилах по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г. при характеристике коммерческого договора в качестве международного. При том, что термин «деловое обзаведение» в документе не раскрывается, в комментариях к ст. 12 Принципов сказано, что таким деловым обзаведением может быть местонахождение центра администрации или управления, штаб-квартиры, филиала, представительства, ведение субъектом предпринимательской деятельности, а также иные факторы, позволяющие сделать вывод о его коммерческом присутствии в определенной стране, которое не носит случайного или временного характера. Полагаем, что понятие «деловое обзаведение» представляет собой по сути аналог термина «регулярное место коммерческой деятельности» («коммерческое предприятие»).

В российском законодательстве критерий местонахождения коммерческих предприятий сторон договора в различных государствах также получил закрепление. В соответствии с п. 3 ст. 1 Закона о международном коммерческом арбитраже⁷⁹ он вправе рассматривать споры сторон, возникающие из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если, в частности, коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей. Однако термин «коммерческое предприятие» не получил определения в данном законе.

⁷⁵ РФ не участвует. Закон. 2000. № 6.

⁷⁶ Цит. по: Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в условиях вступления Российской Федерации во Всемирную торговую организацию / Под ред. д-ра. юр. наук, проф. Г.К. Дмитриевой. М.: Норма: Инфра-М, 2013// СПС «Консультант Плюс».

⁷⁷ Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. 2017.– С. 289–290.

⁷⁸ Нью-Йорк, 23 ноября 2005 г. РФ участвует с 1 августа 2014 г. //СПС «Консультант Плюс».

⁷⁹ Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (в ред. ФЗ № 409-ФЗ от 29 декабря 2015 г.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

По мнению М.Г. Розенберга, в качестве коммерческого предприятия стороны договора необходимо понимать основное место ее деятельности⁸⁰. Заметим, что сам термин «основное место деятельности стороны» используется, но не раскрывается в ст. 1211 ГК РФ при определении права, применимого к договору с иностранным элементом в отсутствие его выбора сторонами договора. Основное место деятельности стороны, очевидно, должно соответствовать той стране, где учреждена такая сторона, либо где зарегистрирован ее устав, либо где находится ее главный орган управления, либо где оно постоянно осуществляет деятельность, то есть имеет тесную правовую связь с тем или иным иностранным государством. При таком подходе к пониманию основного места деятельности стороны оказывается, что оно во многих случаях будет совпадать со страной, национальность которой такая сторона имеет.

В законах по МЧП других стран используется не только понятие «основное место деятельности», но и понятие «обычное местопребывание» (п. 2 ст. 94 Кодекса МЧП Болгарии 2005 г.⁸¹, § 25 Указа о МЧП Венгрии 1979 г.⁸²), что, на наш взгляд, позволяет при квалификации коммерческого договора как международного учитывать не только основное место деятельности стороны, но и другое коммерческое предприятие.

В целом же в зарубежном международном частном праве выделяют «основное коммерческое предприятие» (*principal place of business*), т. е. основное место деятельности, под которым понимается место, откуда происходит централизованное управление делами компании (*head office*). Однако из норм п. «а» ст. 10 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. следует, что у одной стороны может быть сразу несколько коммерческих предприятий. При этом учитывать необходимо то из них, которое имеет наиболее тесную связь с договором или его исполнением. Понятно, что такое коммерческое предприятие не всегда будет совпадать с основным местом деятельности коммерсанта.

Данный вывод согласуется с определением коммерческого предприятия, содержащимся в ст. 4 Конвенции об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г. Указанная конвенция, равно как и Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., не связывает понятие «коммерческое предприятие» исключительно с основным местом коммерческой деятельности стороны: следуя их смыслу, к такому месту может быть отнесено любое не носящее временного характера коммерческое обзаведение (предприятие). Сказанное в целом дает основания заключить, что понятие «основное место деятельности» является более узким по сравнению с понятием «коммерческое предприятие»: последнее может включать не только основное, но и другие регулярные места деятельности коммерсанта. В этой связи могло бы быть целесообразным в ст. 1211 ГК РФ при определении права, применимого к договору с иностранным элементом, вместо термина «основное место деятельности» стороны закрепить термин «регулярное место деятельности» стороны, которое по смыслу будет соответствовать термину «коммерческое предприятие», получившему распространение в международных конвенциях.

Говоря о содержании понятия «коммерческое предприятие», следует отметить, что российские суды и арбитражи редко исследуют его в своих решениях. Например, Международный коммерческий арбитражный суд (далее – МКАС) при Торгово-промышленной палате (далее – ТПП) РФ, решая вопрос о своей компетенции по рассмотрению споров, обычно исходит из того, что стороны (как правило, коммерческие организации) имеют местонахождение на территории различных государств, и на этом основании определяет сделку, заключаемую

⁸⁰ Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 3-е изд., испр. и доп. М.: Статут, 2006. – С. 19–20.

⁸¹ Документ размещен на официальном сайте НИУ «Высшая школа экономики» // Режим доступа: URL: <https://pravo.hse.ru/intprivlaw>.

⁸² Международное частное право: иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М.: Статут, 2000.

между ними, как внешнеэкономическую (международную коммерческую. – Д. С.), не вдаваясь в детали, связанные с формулированием ее определения⁸³.

Российские арбитражные суды также редко обращаются к детальному изучению понятия «коммерческое предприятие». В одном из немногих таких постановлений ФАС Уральского округа, ориентируясь на нормы Конвенции 1980 г., пришел к выводу о том, что термин «коммерческое предприятие» в Конвенции подразумевает постоянное место осуществления деловых операций и коммерческим предприятием может являться место нахождения главной конторы юридического лица, а также его представительства, филиала. В указанном Постановлении было отмечено, что контракт, заключенный между казахским АО и швейцарским обществом в лице российского представительства, является международным, а контракт, заключенный между указанным швейцарским обществом в лице российского представительства и российским ОАО, не является международным договором⁸⁴. Аналогичную позицию занял суд в другом решении⁸⁵.

В современной отечественной литературе исследования понятия «коммерческое предприятие» проводились А.В. Асосковым и В.А. Канашевским. В этой связи, например, А.В. Асосков, проведя глубокий анализ зарубежной судебной практики и доктрины, выделил следующие его признаки:

1) акцент на фактическом месте ведения деловых операций, а не на формальном месте государственной регистрации юридического лица или месте нахождения компании, указанном в учредительных документах;

2) отсутствие непосредственной связи между понятием коммерческого предприятия, с одной стороны, и категориями корпоративного права (филиал, представительство, основное или дочернее общество) и налогового права (постоянное представительство), с другой стороны, а также отсутствие требования к выполнению каких-либо формальных процедур (регистрация, аккредитация коммерческого предприятия и т. п.);

3) стабильность нахождения коммерческого предприятия на определенной территории;

4) определенная степень автономности коммерческого предприятия (наличие менеджмента, способного принимать коммерческие решения, касающиеся заключения и / или исполнения договора), которая, однако не приводит к самостоятельному осуществлению деловых операций отдельным физическим или юридическим лицом⁸⁶.

При этом, как отмечает ученый, «коммерческое предприятие может возникнуть только в том месте, где участник международного оборота реально осуществляет свою коммерческую деятельность, т. е. в том месте, через которое заключаются договоры с третьими лицами и / или предпринимаются действия, необходимые для исполнения принятых на себя обязательств»⁸⁷.

В.А. Канашевский полагает, что коммерческое предприятие иностранного лица находится в России, если иностранное лицо непосредственно осуществляет на территории России предпринимательскую деятельность (производство и / или реализация товаров, оказание услуг, выполнение работ) либо означенную деятельность в России осуществляет филиал такой иностранной организации⁸⁸.

⁸³ Например, Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 176/2012 от 21 августа 2013 г.; Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 6/2013 от 5 ноября 2013 г., Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 195 от 17 марта 2014 г. и др. // СПС «Консультант Плюс».

⁸⁴ Постановление ФАС Уральского округа от 9 ноября 2009 г. № Ф09-8618/09-С1 по делу № А47-8171/2008 // СПС «Консультант Плюс».

⁸⁵ Постановление ФАС Уральского округа от 14 мая 2009 г. № Ф09-3015/09-С1 по делу А50-16997/2008-А05 // СПС «Консультант Плюс».

⁸⁶ Асосков А.В. Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров: постатейный комментарий к положениям, определяющим сферу ее применения. М.: Инфотропик Медиа, 2013. – С. 23–24.

⁸⁷ Асосков А.В. Указ. соч. – С. 24.

⁸⁸ Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки. Правовое регулирование. – С. 19.

Следует отметить, что непосредственно осуществлять предпринимательскую деятельность в РФ может иностранный индивидуальный предприниматель, правовое положение которого в РФ будет определяться российским правом, а его сделки с российскими лицами в РФ подчиняются российскому праву. Что касается иностранных юридических лиц, то для них возможно непосредственное осуществление на территории РФ только разовых сделок, в том числе на ярмарках и выставках, местонахождение которых не может связываться с коммерческими предприятиями таких юридических лиц. Те организации, которые создаются и действуют в РФ с иностранным участием, в том числе со 100 % иностранным участием, являются российскими коммерческими организациями с иностранными инвестициями, их сделки с российскими контрагентами также подчинены российскому праву. То же самое относится и к создаваемым в РФ дочерним коммерческим организациям с иностранными инвестициями.

В соответствии с отечественным законодательством для регулярного осуществления иностранным юридическим лицом предпринимательской деятельности в РФ необходимо создание им в РФ филиала или представительства. Как следует из п. 3 ст. 4 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в РФ»⁸⁹, иностранное юридическое лицо, цель создания и (или) деятельность которого имеют коммерческий характер и которое несет имущественную ответственность по принятым им в связи с осуществлением указанной деятельности на территории РФ обязательствам, имеет право осуществлять деятельность в РФ через филиал, представительство со дня их аккредитации, если иное не установлено законом.

Анализируя понятие коммерческого предприятия, В.А. Канашевский приходит к выводу о том, что с местонахождением представительства иностранной организации в РФ вряд ли стоит связывать нахождение коммерческого предприятия, поскольку самостоятельной предпринимательской деятельности представительство не ведет, а лишь «выступает от имени и по поручению представляемой им фирмы или фирм, название которые указано в разрешении на открытие представительства, и осуществляет деятельность в соответствии с советским (читай – российским. – Д.С.) законодательством»⁹⁰. Тем самым, по мнению В.А. Канашевского, представительство не может, а филиал может рассматриваться в качестве коммерческого предприятия юридического лица⁹¹.

Однако далее В.А. Канашевский отмечает следующее. «Филиал, хотя бы он и осуществлял такую же деятельность, как и его головная организация, всегда остается лишь структурным подразделением юридического лица. Филиалы, как и представительства, не могут заключать сделки от своего имени, поскольку субъектами гражданских прав и обязанностей не являются. Отсюда, ссылаясь в том числе на примеры из практики МКАС при ТПП, В.А. Канашевский делает вывод о том, что договор, заключенный с филиалом иностранной фирмы, считается заключенным с головной организацией»⁹².

На наш взгляд, понятие «коммерческое предприятие» не должно связываться с правосубъектностью филиала или представительства, которой указанные подразделения юридических лиц в соответствии с российским правом не обладают. Поэтому вполне понятно, почему МКАС при ТПП квалифицировал сделку, заключенную с филиалом иностранной фирмы, как сделку, заключенную с головной организацией. Напротив, при рассмотрении понятия «коммерческое предприятие» необходимо обращать внимание на место, где находится структурное подразделение юридического лица или непосредственно само юридическое лицо, которое

⁸⁹ Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ (в ред. ФЗ № 106-ФЗ от 5 мая 2014 г.) // СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

⁹⁰ П. 10 Положения о порядке открытия и деятельности в СССР представительств иностранных фирм, банков и организаций, утвержденного постановлением Совета министров СССР № 1074 от 30 ноября 1989 г. (в ред. постановления Кабинета министров СССР № 466 от 11 июля 1991 г.) // Свод законов СССР. Т9.—С. 173.

⁹¹ Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 19.

⁹² Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 19–20.

(место) связано с заключаемым международным коммерческим договором. Как было показано выше, современная отечественная судебная практика в принципе признает филиал и представительство юридического лица его коммерческим предприятием, то есть местом, где осуществляется регулярная коммерческая деятельность юридического лица.

В этой связи представляется возможным согласиться с мнением А.В. Асоскова, который считает, что в качестве коммерческого предприятия (помимо основного) в большинстве случаев выступают различного рода обособленные подразделения юридического лица (филиалы, представительства).

Данный вывод подтверждается примерами из отечественной судебной практики, приведенными выше. Однако сам А. В. Асосков, ссылаясь на мнение Ф. де Лая, утверждает, что абстрактно невозможно ответить на вопрос о том, является ли представительство иностранной компании ее коммерческим предприятием по смыслу Конвенции (речь идет о Конвенции 1980 г. – *Д. С.*), поскольку важны обстоятельства каждого конкретного дела. В этой связи А.В. Асосков не соглашается с

В. А. Канашевским в том, что филиал может рассматриваться в качестве коммерческого предприятия стороны, а представительство – нет⁹³. Более того, приводя примеры из европейской и американской судебной практики, он отмечает, что и другое лицо при определенных обстоятельствах может быть признано коммерческим предприятием стороны, если оно принимает активное участие в заключении договора и / или исполнении возникающих из него обязательств⁹⁴.

Анализ норм международных конвенций, а также приведенных мнений ученых позволяет прийти к выводу о том, что коммерческим предприятием стороны является то место, через которое она регулярно осуществляет свою коммерческую деятельность и заключает сделки. Более того, таких мест у стороны, помимо основного коммерческого предприятия, может быть несколько и расположены они могут быть в различных странах. Для квалификации коммерческой сделки как международной достаточно, чтобы коммерческие предприятия сторон, посредством которых заключается сделка, находились в различных государствах. Критерий нахождения коммерческих предприятий сторон в разных странах является экономическим и может не быть напрямую связан с местом государственной регистрации коммерсанта. Между тем для квалификации коммерческой сделки как международной с точки зрения права критерий нахождения коммерческих предприятий в различных странах трудно установить, поскольку не имеет отношения к элементам сделки. При квалификации подобной сделки как международной места, где располагаются указанные коммерческие предприятия сторон, должны быть способными к установлению, определены для сторон и суда. Это может быть место, откуда производится отгрузка товаров, осуществляется оплата по договору, место оказания услуг и т. п. С практической точки зрения необходимо, чтобы нахождение коммерческого предприятия стороны, т. е. место осуществления коммерческой деятельности, через которое им заключена сделка, было прописано в тексте самого договора либо было известно другой стороне. Таким образом, обеспечивается своего рода юридическая связь между коммерческим предприятием стороны и самой стороной и, следовательно, квалификация заключаемого коммерческого договора в качестве международной сделки. Учитывая изложенное, представляется, что и филиал, и представительство (бюро, агентство) стороны могут рассматриваться в качестве коммерческого предприятия (места регулярного осуществления коммерческой деятельности) стороны в тех случаях, когда заключаемый международный коммерческий договор имеет с ними тесную связь.

⁹³ Асосков А.В. Указ. соч. – С. 25.

⁹⁴ Асосков А.В. Указ. соч. – С. 25.

С учетом сказанного выше, а также с учетом того, что перечень «иностранных элементов» в российском законодательстве является открытым, следует признать справедливым приведенное выше мнение Н.Ю. Ерпылевой, которая сформулировала определение международного коммерческого контракта (применительно к договору купли-продажи) и указала, что иностранный элемент в таком контракте проявляется «в виде нахождения коммерческих предприятий продавца и покупателя на территории разных государств»⁹⁵. Полагаем, что указанный иностранный элемент может проявлять себя и в других видах международных коммерческих договоров, например в международном коммерческом договоре оказания услуг, в котором коммерческие предприятия услугодателя и услугополучателя находятся в разных государствах.

Таким образом, нахождение коммерческих предприятий сторон (регулярных мест коммерческой деятельности) на территории различных государств также может служить критерием, квалифицирующим гражданско-правовую сделку как международный коммерческий договор. Иностраный элемент в такой сделке проявляется на стороне субъектов сделки в виде их коммерческих предприятий, расположенных на территории различных государств.

Между тем нужно отметить, что с нахождением коммерческого предприятия стороны международного коммерческого договора не стоит связывать местонахождение его дочернего хозяйственного общества. Несмотря на преобладающее в нем участие основного хозяйственного общества или товарищества (ст. 67.3 ГК РФ), оно является самостоятельным субъектом права и потому не может рассматриваться в качестве коммерческого предприятия создавшего его юридического лица.

Аналогичным, на наш взгляд, образом должен быть решен вопрос в отношении представителя юридического лица или индивидуального предпринимателя, действующего на основании соответствующего гражданско-правового договора, заключенного с ним. Местонахождение такого представителя следует связывать с коммерческим предприятием не юридического лица или индивидуального предпринимателя, в интересах которого действует представитель, а, очевидно, самого представителя. На это во всяком случае косвенно указывают нормы ст. 11 Гагской конвенции о праве, применимом к агентским договорам, 1978 г.⁹⁶, п. 1 ст. 2 Женевской конвенции о представительстве при международной купле-продаже товаров 1983 г.⁹⁷. Как отмечает А.В. Асосков, было бы некорректным квалифицировать в качестве коммерческого предприятия стороны по договору место осуществления своих деловых операций независимым агентом или иным представителем только на том основании, что он имеет полномочия на заключение договоров от имени другого лица⁹⁸.

В отношении договоров, заключаемых на международных выставках, ярмарках, нужно отметить, что с ними также никак не может связываться местонахождение коммерческого предприятия юридического лица или индивидуального предпринимателя. Подобной позиции придерживается в своей работе также А.В. Асосков⁹⁹.

В литературе было высказано мнение о том, что критерий нахождения коммерческих предприятий сторон на территории различных государств не может быть единственным критерием отнесения сделки к числу внешнеэкономических (международных коммерческих). В частности, Г.Ю. Федосеева считала, что требование о местонахождении коммерческих предприятий сторон на территориях разных государств является лишь условием регулирования

⁹⁵ Ерпылева Н.Ю. Указ. соч.

⁹⁶ РФ не участвует. Текст Конвенции в кн.: Вилкова Н.Г. Указ. соч. – С. 435–443.

⁹⁷ В силу не вступила. Текст Конвенции в кн.: Вилкова Н.Г. Указ. соч. – С. 475–487.

⁹⁸ Асосков А.В. Указ. соч. – С. 30.

⁹⁹ Там же. – С. 28.

определенных видов отношений соответствующими международными конвенциями (например, Конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.)¹⁰⁰.

В настоящее время подобной позиции придерживается Е.В. Ломакина, по мнению которой более перспективным представляется широкое понимание международного характера коммерческих отношений и, очевидно, поиск каких-либо иных критериев, помимо нахождения коммерческих предприятий в разных странах, для отнесения договоров к международным коммерческим сделкам. В обоснование своей позиции она приводит примеры широкого толкования термина «международный» в документах ЮНСИТРАЛ¹⁰¹.

Действительно, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже для определения международного характера отношений применяется несколько альтернативных критериев:

1) коммерческие предприятия сторон арбитражного соглашения в момент его заключения находятся в различных государствах;

2) одно из следующих мест находится за пределами государства, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия:

а) место арбитража, если оно определено в арбитражном соглашении или в соответствии с ним;

б) любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из торговых отношений, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора;

в) стороны прямо выраженным образом договорились о том, что предмет арбитражного соглашения связан более чем с одной страной.

Аналогичные положения содержатся в п. 4 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре. Таким образом, делает вывод Е.В. Ломакина, «хотя основным критерием в документах ЮНСИТРАЛ является местонахождение коммерческих предприятий сторон в различных государствах, рассматриваемый критерий не позиционируется в них в качестве единственного и исключительного»¹⁰².

Далее в своей работе Е.В. Ломакина также отмечает, что в Принципах УНИДРУА вообще не содержится определения международного характера контракта, что позволяет ей сделать вывод о том, что это было сделано намеренно, поскольку в комментариях к Принципам указывается, что термин «международный» должен трактоваться максимально широко, с тем чтобы исключить из действия Принципов лишь те ситуации, в которых вообще отсутствует какой-либо иностранный элемент¹⁰³. Более того, анализ комментариев к Принципам показывает, что международный характер договора может быть определен многими способами. Как пишут комментаторы, «решения этого вопроса, содержащиеся как в национальном законодательстве, так и в международных документах, включают в себя различные критерии: от ссылки на место нахождения предприятия или обычное место пребывания сторон в различных странах до более общих критериев, таких как договор, имеющий “существенные связи более чем с одним государством”, “включающий выбор между правом различных государств” либо “затрагивающий интересы международной торговли”»¹⁰⁴.

Несколько иной позиции придерживаются авторы Гаагских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г., буквальный перевод текста п. 2 ст. 1 которых позволяет заключить, что для признания коммерческого договора международным недостаточно местонахождения деловых обзаведений сторон в различных государствах, необходимо

¹⁰⁰ Федосеева Г.Ю. К вопросу о понятии «внешнеэкономическая сделка» // Журнал российского права. 2002. № 12.

¹⁰¹ Ломакина Е.В. Определение международного характера внешнеэкономической сделки. – С. 123 и сл.

¹⁰² Ломакина Е.В. Указ. соч. – С. 124.

¹⁰³ Там же. – С. 124.

¹⁰⁴ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. – С. 1–2.

также, чтобы отношения сторон и все другие относящиеся к ним элементы не были связаны с одним государством.

Полагаем, что при квалификации международного коммерческого договора как разновидности гражданско-правовой сделки по мере возможности должны учитываться как юридический, так и экономический критерии, наличие одного из которых является достаточным для указанной квалификации. Вместе с тем возможны ситуации, одна из которых была приведена выше из практики отечественных арбитражных судов. В деле было установлено, что договор не имеет иностранного элемента, поскольку был заключен между российским лицом и российским филиалом швейцарского лица, находящегося в РФ¹⁰⁵. Полагаем, и в подобных случаях, когда коммерческие предприятия сторон договора находятся в одном государстве, а также если они имеют одну национальность, коммерческий договор может быть квалифицирован в качестве международного, если только все его элементы не связаны с этим же государством. В целом же мы стоим на позиции расширения понятия международного коммерческого договора, при квалификации которого, помимо сказанного, должны учитываться и другие обстоятельства, наличие одного из которых или их совокупности способно привести к применению права более чем одного государства к отношению, возникшему из такого договора.

Из расширенного понимания международных коммерческих договоров исходит в настоящее время международный коммерческий арбитраж. В новой редакции п. 3 ст. 1 Федерального закона «О международном коммерческом арбитраже» содержится норма, в соответствии с которой он рассматривает споры из гражданско-правовых отношений, возникающие из внешнеторговых и иных международных экономических связей, не только в случаях, когда коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, но и если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей. Таким образом, если место исполнения значительной части обязательств, вытекающих из международного коммерческого договора, либо место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находятся за границей, международный коммерческий арбитраж вправе принять дело к своему рассмотрению, подтверждая тем самым «международный» характер такого коммерческого спора и – косвенно – «международный» характер договора, из которого подобный спор возник.

Обстоятельством, указывающим на наличие «международного» элемента в коммерческом договоре, может являться местонахождение *предмета сделки*, то есть объекта гражданских прав, по поводу которого такой договор был заключен, за границей либо его перемещение за границу или из-за границы. Тем самым подчеркивается связь предмета сделки с иностранным государством.

Указанный критерий имеет значение не только со стороны внешнеторгового и валютного законодательства. С точки зрения частного права он является дополнительным для квалификации сделки в качестве международного коммерческого договора, сторонами которого, например, являются лица одной государственной принадлежности или коммерческие предприятия которых находятся на территории одного и того же государства.

В одной из своих работ В.А. Канашевский указывает не на критерий нахождения объекта гражданских прав за границей, а на критерий перемещения товаров через государственную границу как один из дополнительных признаков внешнеэкономической сделки¹⁰⁶.

Перемещение товаров является характерным не для всех международных коммерческих сделок, а только для торговых, т. е. тех, предметом которых выступают товары. При этом основной вопрос, который возникает при отнесении такой сделки к международной коммерческой,

¹⁰⁵ Постановление ФАС Уральского округа от 9 ноября 2009 г. № Ф09-8618/09-С1 по делу № А47-8171/2008 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁰⁶ Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 25–28.

связан с ситуацией, при которой коммерческие предприятия сторон, заключающих договор поставки, находятся на территории одного государства, однако, например, поставка товаров осуществляется в пользу третьей стороны, имеющей коммерческое предприятие за границей. С точки зрения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. рассматриваемая сделка не будет признаваться договором международной купли-продажи товаров, если не считать коммерческим предприятием местонахождение стороны, в пользу которой заключен договор. Между тем указанная сделка может считаться международной коммерческой сделкой, поскольку:

- а) совершена между коммерсантами;
- б) ее предметом является товар, перемещаемый через государственную границу.

Представляется, что вопрос о возможности для сторон в данном случае выбирать применимое к их договору право должен решаться положительно.

В этой связи заслуживает внимания позиция МКАС при ТПП РФ, который в одном из дел квалифицировал сделку как внешнеэкономическую (международную коммерческую. – Д. С.), поскольку произошло перемещение товаров через таможенную границу. Так, МКАС при ТПП РФ квалифицировал контракты, заключенные между фирмами, находящимися на территории одного государства (Австрия), как внешнеторговые сделки, поскольку их предметом являлась поставка товара из-за границы – товар отгружался из России на условиях *DAF* (Чоп – Чиернанад-Тисой) (дело № 108/1994, решение от 10 февраля 1998 г.)¹⁰⁷.

Полагаем, что сделка, заключенная между российскими лицами в отношении имущества, находящегося за границей, при которой не происходит перемещения такого имущества (во всяком случае в связи с данной сделкой), а переходит право собственности на него, также содержит иностранный элемент и может быть квалифицирована как международная коммерческая в силу того, что объект гражданских прав – имущество – находится за границей, хотя бы она и была заключена лицами, происходящими из одной страны. Определенной особенностью в этой связи будут характеризоваться сделки, предметом которых являются объекты недвижимости, расположенные в РФ. К таким сделкам в силу нормы п. 2 ст. 1213 ГК РФ подлежит применению российское право.

Аналогичным образом, на наш взгляд, в качестве международного коммерческого договора должен быть квалифицирован договор подряда, заключенный между двумя российскими лицами, в соответствии с которым строительство какого-либо объекта будет осуществляться в иностранном государстве; договор оказания услуг, которые будут оказаны и получены за границей, однако сторонами которого будут выступать лица, имеющие коммерческие предприятия на территории одной страны, и т. п. Такие договоры содержат иностранный элемент и помимо прочего должны предусматривать возможность выбора сторонами применимого к их договору права в силу принципа автономии воли сторон.

Помимо приведенных нами выше, В.А. Канашевский назвал еще несколько дополнительных признаков внешнеэкономических сделок, к которым отнес: использование при расчетах с контрагентом иностранной валюты; специфику рассмотрения споров, вытекающих из внешнеэкономических сделок; специфический круг источников, регулирующих сделки¹⁰⁸.

Соглашаясь с тем, что различная национальность сторон сделки и / или нахождение их коммерческих предприятий в разных странах выступают основными признаками международных коммерческих договоров, а нахождение объекта гражданских прав за границей имеет значение для квалификации сделки в качестве международной при заключении ее российскими участниками, вместе тем полагаем, что остальные признаки, приведенные указанным ученым, являются скорее не признаками, а юридическими последствиями отнесения той или

¹⁰⁷ Арбитражная практика МКАС при ТПП РФ за 1998 г. / Сост. М. Г. Розенберг. М.: Статут, 1999. – С. 45–48.

¹⁰⁸ Канашевский В. А. Указ. соч. – С. 25–28.

иной сделки к международному коммерческому договору, что предопределяет специфику правового регулирования подобных сделок.

Так, использование сторонами при расчетах иностранной валюты является возможностью, предоставленной участникам сделок, которые отнесены законодателем к внешнеэкономическим, а следуя нашей терминологии – к международным коммерческим сделкам. Само по себе использование сторонами договора иностранной валюты не может свидетельствовать о том, что сделка международная, расчеты в иностранной валюте не делают ее таковой.

То же касается и специфики рассмотрения споров, вытекающих из международных коммерческих сделок. Стороны не могут выбрать для урегулирования возможных или уже возникших между ними споров международный коммерческий арбитраж, если сделка, хотя и коммерческая, не обладает признаками международной коммерческой сделки. Возможность выбора международного негосударственного суда для рассмотрения споров является последствием отнесения сделки к международному коммерческому договору.

И, наконец, специфический круг источников, регулирующих сделку, – это тоже последствие отнесения конкретной сделки к международной коммерческой сделке, в результате чего она может регулироваться:

- а) нормами международных соглашений;
- б) нормами применимого национального права;
- в) нормами международных торговых обычаев (*lex mercatoria*).

Помимо сказанного, отнесение сделки к международному коммерческому договору означает влияние на нее целого массива норм публично-правового законодательства, включая таможенное и валютное, и других отраслей права.

Таким образом, *международный коммерческий договор* – это соглашение, заключенное между предпринимателями (коммерсантами), имеющее международный характер, т. е. содержащее иностранный элемент. Иностранный элемент в международном коммерческом договоре может проявляться на стороне субъекта (юридический и / или экономический критерий), а также в виде предмета сделки (объект гражданских прав находится за границей либо перемещается за границу или из-за границы). При этом предметом сделки могут являться объекты гражданских прав, находящиеся в международном коммерческом обороте.

Признаками международного коммерческого договора как разновидности гражданско-правовой сделки являются:

- а) коммерческий характер, который проявляется в том, что обе стороны сделки являются коммерсантами;
- б) международный характер, который проявляется в том, что обе стороны сделки имеют различную национальность и / или коммерческие предприятия (места регулярного осуществления коммерческой деятельности) в разных странах, а также в том, что предмет заключаемой сторонами сделки находится за границей, перемещается из-за границы либо за границу.

При этом в тех случаях, когда стороны коммерческого договора имеют коммерческие предприятия в одном и том же государстве, для признания его «международным» необходимо, все его элементы не были связаны с этим же государством.

§ 2. Субъектный состав международных коммерческих договоров

Как известно, одним из условий действительности сделки, в том числе международного коммерческого характера, является наличие право- и дееспособности ее участников. С позиции международного частного права определение право- и дееспособности участников международного коммерческого договора связано с установлением их *личного закона*, с помощью которого происходит определение *правового статуса* участника международного коммерческого договора в той или иной его организационно-правовой форме.

Организационно-правовые формы, в которых коммерсанты могут заниматься предпринимательской деятельностью и участвовать в международных коммерческих договорах, в разных странах имеют общие черты и различия. Вместе с тем в большинстве зарубежных стран и РФ допускается возможность осуществления предпринимательской деятельности гражданами без образования юридического лица, то есть в качестве *индивидуальных коммерсантов*, или индивидуальных предпринимателей (далее – ИП).

В качестве ИП предпринимательской деятельностью могут заниматься российские отечественные граждане, иностранные граждане, лица без гражданства (ст. 23 ГК РФ). При этом иностранным гражданами и лицам без гражданства предоставляется, как правило, национальный режим в вопросе допуска их к занятию предпринимательской деятельностью на территории другого (не своего) государства, хотя закон может предусматривать определенные ограничения (отдельные виды деятельности, которыми могут заниматься только отечественные граждане или юридические лица).

Поскольку ИП является физическим лицом, в его правосубъектности можно выделить правоспособность и дееспособность. В литературе высказываются различные мнения относительно правовой природы предпринимательской правоспособности ИП. Так, например, Т.А. Батрова считает, что она производна от гражданской правосубъектности лица¹⁰⁹. По мнению М.Д. Шапсуговой, правосубъектность ИП возникает с момента его государственной регистрации и не связана непосредственно с гражданской правосубъектностью физического лица¹¹⁰.

Соглашаясь с мнением Т.А. Батровой, также считаем, что правоспособность ИП производна от гражданской правоспособности физического лица, что в целом следует из ст. 18 ГК РФ, где наряду с другими компонентами гражданской правоспособности закреплено право лица на занятие предпринимательской деятельностью. Подобное право предоставляется гражданам и в других странах с рыночной экономикой. Как отмечал В.П. Звеков применительно к международным частноправовым отношениям, «абстрактная способность лица заниматься предпринимательством... относится к содержанию его правоспособности, определяемой на основе личного закона»¹¹¹.

Однако данное положение не дает оснований утверждать, что иностранец, в том числе ИП, находящийся в РФ, может пользоваться теми правами, которые у него есть в силу его личного закона, но не предусмотрены законодательством РФ. Как отмечал Ф.Ф. Мартенс, «применение национальных законов к личным правам иностранцев ограничивается по отношению к правоспособности. Пределы действия по отношению к ней иностранных (национальных) зако-

¹⁰⁹ Батрова Т.А. Правосубъектность участников товарного рынка и проблемы ее правового закрепления //Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 6 / Под ред. В.Ф. Попондопуло и Д.Ф. Нефедова. М.: Волтере Клувер, 2007. – С. 89.

¹¹⁰ Шапсугова М.Д. Правовое положение индивидуального предпринимателя по законодательству РФ: дис... канд. юр. наук. М., 2012. – С. 78.

¹¹¹ Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М.: Волтере Клувер, 2007. – С. 238.

нов определяются территориальными законами страны, где правоспособность будет осуществляться»¹¹². Равным образом В.Л. Толстых полагает, что «объем прав граждан РФ за границей не может определяться по российскому праву, поскольку это нарушало бы суверенитет иностранного государства»¹¹³. Аналогичного мнения придерживается Е.Г. Белькова¹¹⁴.

Следуя мнению указанных ученых, полагаем, что предпринимательская правоспособность определяется личным законом гражданина – индивидуального предпринимателя. В то же время в тех случаях, когда ИП имеет намерение постоянно заниматься предпринимательской деятельностью на территории иного, «не своего» государства, именно последнее определяет объем предпринимательской правоспособности указанного лица.

Другим элементом правосубъектности индивидуального предпринимателя является его предпринимательская дееспособность. Указанная категория связывается с реальной возможностью ИП осуществлять права и выполнять обязанности по заключенным международным коммерческим договорам. В этой связи именно эта категория видится нам тем определяющим компонентом, на котором основывается *личный закон* ИП.

Момент наделения гражданина предпринимательской дееспособностью по-разному определяется в соответствии с законодательством различных государств. Например, в соответствии с законодательством одних государств для занятия предпринимательской деятельностью в качестве ИП гражданин должен быть зарегистрирован в данном качестве. В РФ подобное требование как обязательное условие для занятия предпринимательской деятельностью в РФ закреплено в п. 1 ст. 23 ГК РФ и ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»¹¹⁵. Указанное правило содержится в п. 1 ст. 46 Модельного ГК СНГ и было закреплено в законодательстве Республики Беларусь, Республики Армения, Кыргызской Республики. Правила об обязательной регистрации индивидуального коммерсанта действуют во Франции, Италии и других странах. Например, в соответствии со ст. L. 123-1 ФТК индивидуальный коммерсант обязан зарегистрироваться в Реестре коммерсантов и товариществ.

В то же время по законодательству других стран регистрация ИП не требуется либо носит формальный характер. Например, в Республике Казахстан регистрации подлежат лишь определенные категории ИП, указанные в законе. Неоднозначно решается указанный вопрос по праву Германии. В Великобритании осуществление деятельности в качестве ИП требует от каждого физического лица регистрации в качестве «самозанятого» лица в Службе доходов и таможи Ее Величества, однако носит уведомительный характер. Не требуется регистрация ИП по праву большинства провинций Канады и штатов США, за исключением некоторых случаев, определенных законом¹¹⁶. В соответствии с правом этих стран возникновение предпринимательской дееспособности ИП будет связываться с моментом фактического начала осуществления предпринимательской деятельности в данном качестве.

Таким образом, реальная способность ИП осуществлять предпринимательскую деятельность, т. е. его дееспособность в одних странах или случаях определяется по праву страны, где указанное лицо зарегистрировано, в то время как в других – по праву страны, в которой указанное лицо постоянно осуществляет свою деятельность.

¹¹² Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов: в 2 т. М., 1996. Т. 2. – С. 185.

¹¹³ Толстых В.Л. Международное частное право: коллизийное регулирование. СПб.: Изд-во Р. Арсланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 400.

¹¹⁴ Белькова Е.Г. Правосубъектность физических лиц в гражданском и международном частном праве. Иркутск: Изд-во БГУЭП, 2010. – С. 101.

¹¹⁵ Федеральный закон № 129-ФЗ от 8 августа 2001 г. (в ред. ФЗ № 360-ФЗ от 3 июля 2016 г.) //СЗ РФ. 2001. № 33 (Ч. 1). Ст. 3431.

¹¹⁶ Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт/ Отв. ред. заслуженный юрист РФ, д-р. юр. наук Р. А. Адельханян. М.: Статут: ФБУ ГРП при Минюсте России, 2012. – С. 81, 102, 253, 373.

Учитывая это, в ряде законодательных актов по МЧП при определении личного закона ИП законодатели исходят из привязки не только к месту регистрации ИП, но и к месту постоянного осуществления им предпринимательской деятельности. Данное правило получило закрепление в ст. 1201 ГК РФ, согласно которой право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью в качестве ИП определяется по праву страны, где такое лицо зарегистрировано в качестве ИП. В тех случаях, когда указанное правило не может быть применено в отсутствие специальной регистрации, применяется право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности. Указанное правило было закреплено в п. 4 ст. 1205 Модельного ГК СНГ¹¹⁷ и получило отражение в законодательстве некоторых стран ЕАЭС (п. 4 ст. 1104 ГК Республики Беларусь, п. 4 ст. 1178 ГК Кыргызской Республики). Аналогичные нормы содержат, например, ст. 52 Кодекса МЧП Болгарии 2005 г., § 14 Указа

Президиума Венгерской Народной Республики «О МЧП» от 31 мая 1979 г. и т. д.

В то же время другие нормативные правовые акты либо вовсе не содержат специальной привязки для определения личного закона ИП, либо содержат отсылку к праву страны государственной регистрации ИП. Например, в соответствии с п. «а» ст. 11 Соглашения СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г.¹¹⁸ гражданская право- и дееспособность предпринимателей будет определяться по законодательству государства – участника СНГ, на территории которого зарегистрирован предприниматель. Аналогичным образом, в ст. 1266 ГК Республики Армения способность физического лица заниматься предпринимательской деятельностью в качестве ИП определяется по праву страны, где такое лицо зарегистрировано в качестве ИП. Основным недостатком данных нормативных актов является то, что с их помощью невозможно установить личный закон ИП, который не зарегистрирован, но легализован законодательством постоянного места осуществления его деятельности (например, в Казахстане).

С другой стороны, законодательство по МЧП многих стран вообще не содержит специальной коллизионной привязки для определения личного закона ИП. В связи с тем, что ИП является физическим лицом, в данном случае его личный закон следует устанавливать на основе закона, определяющего гражданскую дееспособность. Так, указанные привязки отсутствуют в законодательстве Франции, Германии, Англии и США. В отсутствие специальных коллизионных привязок дееспособность ИП как физического лица будет определяться по праву страны его гражданства (п. (1) ст. 7 Вводного закона к ГГУ, п. 1 ст. 831 ГК Вьетнама) либо domicilio (ст. 35 ФЗ Швейцарии «О МЧП» 1987 г., англо-американское право). Однако в силу п. «с» ст. 20 ФЗ Швейцарии применимым для установления личного закона ИП, очевидно, будет являться право того государства, в котором сосредоточена его профессиональная деятельность, а не того, в котором находится его место жительства¹¹⁹.

В ряде случаев ИП – участники международных коммерческих договоров ссылаются на отсутствие своей дееспособности по своему личному закону. Для решения указанной проблемы законодатели по МЧП некоторых стран устанавливают правило о том, что участник сделки не вправе ссылаться на свою недееспособность по личному закону, если оно является дееспособным по месту совершения сделки. Подобные правила, например, содержатся в п. 2 ст. 50 Кодекса МЧП Болгарии 2005 г. применительно к случаям, когда договор заключен между лицами, находящимися в одном государстве, за исключением случаев, когда встречная сторона знала или не знала по причине небрежности о такой недееспособности. Более четкое правило на этот счет содержит законодательство Вьетнама, в соответствии с которым гражд-

¹¹⁷ Гражданский кодекс. Модель. Рекомендательный законодательный акт для Содружества Независимых Государств. Часть третья. – С. 3–84.

¹¹⁸ Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ «Содружество». 1992. № 4.

¹¹⁹ Законы по МЧП зарубежных государств. См. в кн.: Международное частное право: иностранное законодательство; а также на официальном сайте НИУ «Высшая школа экономики» // Режим доступа: URL: <https://pravo.hse.ru/intprivlaw>.

данская дееспособность иностранных граждан на территории Вьетнама определяется по вьетнамскому праву (п. 2 ст. 831 ГК Вьетнама). Похожего принципа придерживается отечественный законодатель в п. 2 ст. 1197 ГК РФ, согласно которому физическое лицо, не обладающее гражданской дееспособностью по своему личному закону, не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности, если оно является дееспособным по праву места совершения сделки, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности.

Соглашаясь с позитивным значением подобных норм, способных сохранить действительность сделки, вместе с тем полагаем, что привязка к праву страны заключения сделки выглядит на сегодняшний день устаревшей. Очевидно, привязка к *lex contractus* для данного случая также вряд ли подходит, поскольку стороны могут избрать право, вовсе не связанное с договором. В этой связи вместо привязки к праву страны заключения договора наиболее подходящей на сегодняшний день видится нам привязка к праву контрагента ИП, ссылающегося на ограничение своей дееспособности.

Наряду с индивидуальными коммерсантами участниками международного коммерческого оборота выступают так называемые *коллективные коммерсанты*. Коллективные коммерсанты представляют собой различного рода объединения предпринимателей, являющиеся юридическими лицами – коммерческими организациями либо коммерческими объединениями, не признаваемыми юридическими лицами по праву того или иного государства¹²⁰.

В РФ все коллективные коммерсанты (за исключением простого товарищества, которое считается договорным объединением, участники которого заключают гражданско-правовой (коммерческий) договор о совместной деятельности) признаются юридическими лицами – коммерческими организациями. Коммерческие организации в РФ подлежат государственной регистрации и внесению в Единый государственный реестр юридических лиц в соответствии с Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей». Организационно-правовые формы, в которых могут создаваться коммерческие организации в РФ, закреплены в ст. 50 ГК РФ. Ими являются: полное товарищество, коммандитное товарищество, хозяйственное партнерство, общество с ограниченной ответственностью, акционерное общество, производственный кооператив, государственные и муниципальные унитарные предприятия.

В Республике Беларусь, например, все организационно-правовые формы коммерческих организаций также предусмотрены Гражданским кодексом и подлежат государственной регистрации. К коммерческим организациям Беларуси относятся: хозяйственные товарищества (полные и коммандитные), хозяйственные общества (АО, ООО и ОДО), производственные кооперативы, унитарные предприятия, государственные объединения. В отличие от РФ в Беларуси возможно создание частных унитарных предприятий, которые, как отмечает Е.А. Салей, весьма распространены на практике¹²¹. В п. 2 ст. 34 ГК Республики Казахстан в качестве коммерческих организаций предусматриваются государственные предприятия, хозяйственные товарищества (полные, коммандитные, ТОО и ТДО), акционерные общества и производственные кооперативы. Коммерческими организациями в Республике Армения являются: полные и коммандитные товарищества, ООО, ОДО и АО, а также кооперативы (ст. 72 ГК Республики Армения). В соответствии с п. 2 ст. 85 ГК Кыргызской Республики коммерческими организациями являются полные и коммандитные товарищества, АО, ООО и ОДО, кооперативы, крестьянские (фермерские) хозяйства, государственные и муниципальные предприятия.

¹²⁰ Об этом: Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп.: в 2 т. М., 2008. Т. 1.-С. 163.

¹²¹ Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: Россия и СНГ / Отв. ред. заслуженный юрист РФ, д-р юр. наук Р.А. Адельханян. М.: Статут: ФБУ ГРП при Минюсте России, 2012.

Как видно, до настоящего времени в законодательстве зарубежных стран ЕАЭС существует такая организационно-правовая форма, как общество с дополнительной ответственностью (ОДО или ТДО). Причиной ее наличия в указанных странах является тот факт, что страны СНГ (ЕАЭС) при составлении своих ГК руководствовались Модельным ГК СНГ, где подобная организационно-правовая форма предусмотрена. Отечественный законодатель уже отказался от ее использования, однако в других государствах ЕАЭС она пока сохраняется.

Подробный анализ организационно-правовых форм коммерческих объединений и их классификация в праве РФ и зарубежных стран, включая страны СНГ, уже были освещены в работах Р.А. Адельханяна, А.В. Габова, Е.А. Суханова, С.Д. Могилевского и др.¹²². Их анализ позволяет прийти к следующим основным умозаключениям.

Так, например, особенностью полного товарищества, известного всем правовым системам, является неограниченная и солидарная ответственность его участников по обязательствам товарищества. В то время как во Франции, странах ЕАЭС полное товарищество признается юридическим лицом, во многих других странах (Германия, Англия, США) оно не является таковым. В странах, где полное товарищество признается юридическим лицом, оно подлежит государственной регистрации. В Германии регистрация указанной организационно-правовой формы зависит от предмета его деятельности. В Великобритании регистрации подлежат полные товарищества, а в США партнершипы не регистрируются.

Аналогичным образом обстоит ситуация с коммандитным товариществом, которое регистрируется в тех странах, которые признают указанную организационно-правовую форму юридическим лицом. Суть данной организационно-правовой формы состоит в том, что в ней наряду с участниками, неограниченно и солидарно несущими ответственность по обязательствам товарищества, существуют лица (одно или несколько), ответственность которых ограничена стоимостью внесенных вкладов в имущество товарищества. В Великобритании партнеры подлежат регистрации в Службе доходов и таможи Ее Величества, а сами партнерства регистрируются в Реестре компаний¹²³. В США коммандитное товарищество подает свидетельство об ограниченном партнерстве Секретарю штата.

Наиболее популярной организационно-правовой формой коммерческой организации в континентальных странах является общество с ограниченной ответственностью, которое появилось в 1892 г. в Германии и впоследствии получило распространение в законодательстве многих других стран. Нормы об ООО есть в законодательстве Франции, Италии, странах ЕАЭС, включая РФ и т. д. ООО во всех странах понимается примерно одинаково: это общество, созданное одним (или более) физическим и юридическим лицом (физическими и юридическими лицами), уставный капитал которого распределен на доли определенных размеров, участники которого не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков в пределах принадлежащих им долей. Во всех странах указанная организационно-правовая форма признается юридическим лицом и подлежит государственной регистрации.

Не менее популярной организационно-правовой формой юридического лица выступает акционерное общество, получившее распространение в континентальных странах, где оно регулируется специальными законами. Акционерное общество представляет собой разновидность коммерческой организации, учрежденной одним или более лицами, уставный капитал которой распределен на определенное количество акций, при этом учредители (участники) общества не несут ответственности по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им акций. Акционерное обще-

¹²² Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт; Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: Россия и СНГ; Юридические лица в российском гражданском праве: монография: в 3 т. // Отв. ред. А.В. Габов. М.: ИЗиСП: ИНФРА-М, 2015; Могилевский С.Д. Общество с ограниченной ответственностью: законодательство и практика его применения. М.: Статут, 2010.

¹²³ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014 // СПС «Консультант Плюс».

ство может быть организовано в форме открытого либо закрытого общества, т. е. публичного либо непубличного. При этом в праве Германии предусмотрена только вторая модель. Как и в случае с ООО, АО регистрируется в уполномоченных государственных органах.

Статус юридического лица, подлежащего государственной регистрации и не имеющего аналогов в праве РФ и постсоветских государств, а также англо-американском праве, имеет акционерная коммандита, или коммандитное товарищество на акциях. Указанная организационно-правовая форма предусмотрена законодательством Германии и Франции. Как отмечает Е.А. Суханов, в данном случае «речь идет об акционерном обществе, в котором хотя бы один из акционеров принимает на себя полную (неограниченную) ответственность по его долгам, получая взамен статус комплиментария коммандиты, а остальные участники, формально сохраняя статус акционеров, фактически становятся коммандитистами в отношениях с комплиментарием»¹²⁴. В результате складывается ситуация, при которой для третьих лиц данное юридическое лицо выступает как акционерное общество, в то время как внутренние отношения между комплиментарием и коммандитистами регулируются нормами о коммандитном товариществе. По своему правовому статусу акционерная коммандита является юридическим лицом – коммерческой организацией и приближается по своему правовому статусу к непубличному акционерному обществу, но не совпадает с ним.

Одной из организационно-правовых форм коммерческих организаций, получивших закрепление в российском гражданском законодательстве, является хозяйственное партнерство. Указанная организационно-правовая форма неизвестна законодательству упомянутых выше стран, в том числе и тех, которые находятся на постсоветском пространстве. В соответствии с ФЗ «О хозяйственных партнерствах»¹²⁵ им признается созданная двумя или более гражданами и юридическими лицами коммерческая организация, в управлении деятельностью которой принимают участие участники партнерства, а также иные лица в пределах и объеме, которые предусмотрены соглашением об управлении партнерством. При этом участники партнерства, которых не может быть более 50, не отвечают по обязательствам партнерства и несут риск убытков, связанных с его деятельностью, в пределах сумм внесенных ими вкладов. Достаточно подробный анализ указанной организационно-правовой формы проведен в работе Е.А. Суханова, который указывает на некоторые сходства хозяйственного партнерства с англо-американскими партнерствами без комплиментариев и обществами с ограниченной ответственностью, но, анализируя особенности хозяйственных партнерств, приходит к выводу о том, что российским законодателем создана по сути уникальная организационно-правовая форма, не свойственная современным правовым порядкам¹²⁶.

В англо-американской системе права отсутствуют такие организационно-правовые формы, как акционерное общество и общество с ограниченной ответственностью. Основной разновидностью юридических лиц права Великобритании являются компании, которые регулируются Законом о компаниях 2006 г. (*Companies Act*)¹²⁷. Все компании Великобритании подлежат государственной регистрации у Регистратора компаний. В соответствии с законом все компании классифицируются как публичные (*public*) либо частные (*private*). В зависимости от ответственности участников компании подразделяются на: компании, в которых ответственность участников ограничена стоимостью акций (*company limited by shares*); компании, в которых ответственность участников ограничена размером определенной гарантии (*company*

¹²⁴ Суханов Е.А. Указ. соч.

¹²⁵ ФЗ № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» от 3 декабря 2011 г. (в ред. ФЗ № 251 – ФЗ от 23 июля 2013 г.) // СЗ РФ. 2011. № 49 (Ч. 5). Ст. 7058.

¹²⁶ Суханов Е.А. Указ. соч.

¹²⁷ Companies Act 2006. Ch. 46 // UK Laws Legal Portal // Режим доступа: URL: http://www.uklaws.org/acts_uk/document208/index.htm (дата обращения 24 декабря 2016 г.).

limited by guarantee); компании, в которых ответственность участников является неограниченной (*unlimited liability company*).

Как следует из названия компаний, основное различие между ними состоит в ответственности участников по обязательствам компании. Так, в первой разновидности компании ответственность ее участников ограничена стоимостью принадлежащих им акций, что делает указанную компанию близкой к организационно-правовой форме закрытого акционерного общества, известного континентальной правовой модели. Что касается второй разновидности компании, где ответственность участников ограничена размером определенной гарантии, то в таких компаниях участники обязуются внести в имущество компании для покрытия долгов компании в случае ее банкротства. На наш взгляд, указанная компания имеет определенные сходства с обществами с дополнительной ответственностью, долгое время существовавшими в законодательстве РФ и продолжающими иметь место в законодательстве других стран ЕАЭС. Что касается компаний с неограниченной ответственностью, то представляется, что их правовой статус имеет сходства с полными товариществами, в которых ответственность участников не ограничена. В то время как частные компании могут создаваться в любой из трех указанных разновидностей, публичные компании могут создаваться в виде компании с ограниченной ответственностью.

В свою очередь для права США характерно наличие такой организационно-правовой формы предпринимательской деятельности, как корпорация. Правовое регулирование деятельности корпораций отнесено к компетенции штатов. Корпорации в США подразделяются на публичные и частные (закрытые, *closed*). Как отмечает Е.А. Суханов, публичной признается компания, которая в реестре компаний и в имеющемся у нее сертификате о регистрации прямо обозначена как публичная¹²⁸. Это значит, что ее доли, или паи (*share*), могут свободно обращаться на фондовых биржах в виде акций (*stock*). Все остальные компании, пишет Е.А. Суханов, не зарегистрированные в этом качестве, считаются частными (закрытыми) компаниями¹²⁹. Понятно, что в частных компаниях ограниченное количество участников, большинство из которых управляют делами компании.

Другими разновидностями компаний США выступают акционерная компания (или ассоциация) (*joint-stock company, association*). Как отмечает У.Э. Батлер, акционерная компания в США является формой партнерства, основанного на договоре участников, который называется «статьи компании» (*Articles of Association*). Цель состоит в совмещении преимуществ партнерства с определенными достоинствами корпоративного юридического лица: свободное обращение акций, преемственность, централизованная система управления¹³⁰.

Помимо названных организационно-правовых форм, в национальном праве государств существуют и иные организационно-правовые формы юридических лиц – коммерческих организаций. Например, в большинстве стран континентальной Европы известна организационно-правовая форма производственного кооператива и негласного товарищества, во Франции – фактическое товарищество, в США – коммандитное товарищество с ограниченной ответственностью полных товарищей и т. д. Европейским корпоративным правом предусмотрены три разновидности юридических лиц, участвующих в коммерческом обороте: европейское акционерное общество (*Societas Europea*), европейский кооператив (*Societas Cooperativa Europea*) и европейская частная компания (*Societas Privata Europea*), – которые, тем не менее, до настоящего времени не получили широкого распространения.

Все упомянутые выше коллективные коммерсанты могут выступать участниками международных коммерческих договоров.

¹²⁸ Суханов Е.А. Указ. соч.

¹²⁹ Там же.

¹³⁰ Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт. – С. 372.

Участие в международных коммерческих договорах юридических лиц ставит вопрос об определении их *правового статуса* с позиции МЧП. Как отмечается в литературе, правовое положение юридических лиц в международной хозяйственной деятельности выражается в четырех правовых категориях: национальность, личный закон, допуск к хозяйственной деятельности, правовые режимы¹³¹. Действительно, всегда важно установить принадлежность юридического лица к тому или иному государству, с тем чтобы определить его личный закон, в том числе решить вопросы, связанные с возможностью его участия в конкретном международном коммерческом договоре. В отношении иностранных юридических лиц, осуществляющих деятельность на территории иного государства, необходимо определить формы такого присутствия, а также режим, предоставляемый таким юридическим лицам. Все это осложняется тем, что юридическое лицо может быть зарегистрировано в одном государстве, иметь органы управления в другом государстве, а осуществлять деятельность в третьем и четвертом государствах.

Определение *личного закона* юридического лица как участника международного коммерческого договора важно еще и потому, что данные коллизионные нормы ограничивают сферу применения обязательственного статута, изымая из-под его действия вопросы правового статуса участников договора¹³². На данное обстоятельство обращает внимание в одном из дел МКАС при ТПП РФ¹³³.

Проблемы определения национальности юридических лиц и установления их личного закона исследовались в отечественной и зарубежной литературе. Свои работы указанным вопросам посвятили, в частности, М.И. Брун¹³⁴, А.М. Городисский¹³⁵, А.М. Ладыженский¹³⁶, Л.А. Лунц¹³⁷, М. Вольф¹³⁸, М.М. Богуславский¹³⁹, Г.К. Дмитриева¹⁴⁰ и другие ученые.

Так, еще И.С. Перетерский и С.Б. Крылов отмечали, что «юридическое лицо обладает “национальностью”... По признаку национальности разрешается вопрос о том, к составу юридических лиц какого государства принадлежит данное юридическое лицо»¹⁴¹. Обращая внимание на важность установления национальности юридического лица, ученые видели ее роль в тех случаях, когда на основании двустороннего договора одно государство предоставляет какие-либо права юридическим лицам другого государства; для разрешения вопроса о том, какое государство предоставляет защиту тому или иному юридическому лицу; закон какого государства является личным законом такого юридического лица¹⁴².

¹³¹ Бальзамов Р.Л. Проблемы правосубъектности иностранных юридических лиц – участников внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: дис... канд. юр. наук. М., 2008. – С. 38; Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. 2017. – С. 191.

¹³² Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2015. – С. 77.

¹³³ Постановление от 25 мая 2005 г. по делу № 163/2003 МКАС при ТПП РФ // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2006. – С. 20. Цит. по: Звекон В.П. Коллизии законов в международном частном праве. – С. 241–242.

¹³⁴ Брун М.И. Юридические лица в международном частном праве. Петроград, 1915. Ч. 1. О личном статуте юридического лица.

¹³⁵ Городисский А.М. Определение национальности юридических лиц и признание их в других странах // Юридические аспекты осуществления внешнеэкономических связей: труды кафедры международного частного и гражданского права. М., 1979. – С. 149–159.

¹³⁶ Ладыженский А.М. Теории национальности юридических лиц в международном частном праве // Советский ежегодник международного права 1964–1965. М.: Наука, 1966. – С. 260–275.

¹³⁷ Лунц Л.А. Указ. соч.

¹³⁸ Вольф М. Международное частное право / Пер. с англ. М.: Государственное издательство иностранной литературы, 1948.

¹³⁹ Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. М., 1998, 2016 и др.

¹⁴⁰ Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. 2017. – С. 190–221.

¹⁴¹ Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959. – С. 83.

¹⁴² Там же. – С. 83.

В литературе нередко ставится вопрос о соотношении понятий «национальность юридического лица» и «личный закон юридического лица»¹⁴³. Так, одни ученые считают, что указанные понятия совпадают, отождествляются, определяются одно через другое (Л. Раапе, Ю.М. Юмашев, М.М. Богуславский, В.П. Звеков)¹⁴⁴. Другие утверждают, что указанные понятия не являются тождественными, имеют различные сферы применения (П. Ван Хекке, А.М. Городисский, А.В. Асосков, О.В. Кадышева)¹⁴⁵. Л.П. Ануфриева и И.В. Гетьман-Павлова считают, что использование категории «национальность» применительно к юридическим лицам является условным, используется в целях разграничения «своих» и «чужих» юридических лиц¹⁴⁶.

При решении вопроса о соотношении понятий «национальность» и «личный закон» юридического лица следует согласиться с теми, кто считает, что они не тождественны. Полагаем, что национальность юридического лица означает его правовую принадлежность к определенному государству. Как отмечал В. М. Корецкий, связь юридических лиц с определенным правовым порядком – «сущность понятия “национальности”

юридических лиц»¹⁴⁷. Национальность юридического лица представляет собой его свойство, выражающее «правовую связь данного образования с государством, его “государственную принадлежность”, которая подчиняет данное юридическое лицо соответствующему правовому порядку и ставит его под защиту государства»¹⁴⁸. «Правовая принадлежность понимается в том смысле, что данное образование является “продуктом” национального правового порядка, полностью подпадает – в отношении условий своего образования, функционирования и прекращения деятельности – под действие правил, принятых в соответствующем государстве»¹⁴⁹.

Как справедливо отмечает А.В. Асосков, солидаризируясь с Ван Хекке и А.М. Городисским, категория национальности юридического лица имеет гораздо более широкую область применения, которая затрагивает прежде всего публично-правовые институты. Понятие «личный закон юридического лица» используется для решения вопросов исключительно частного правового характера. Это категория, которая применяется в науке международного частного права и имеет отношение только к коллизионно-правовому регулированию¹⁵⁰. Аналогичного в целом мнения придерживается в своей диссертации О.В. Кадышева¹⁵¹.

Соглашаясь с приведенными мнениями, полагаем, что категория «национальность юридического лица» по своему содержанию является более широкой категорией по отношению к категории «личный закон юридического лица». Национальность юридического лица означает его принадлежность к тому или иному государству, политико-правовую связь с таким государством. Категория «национальность юридического лица» используется в основном в публично-правовой сфере, позволяет разграничить «свои» и иностранные юридические лица. Однако в сфере международного частного права национальность юридического лица непо-

¹⁴³ Асосков А.В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М.: Статут, 2003. – С. 24.

¹⁴⁴ Раапе Л. Международное частное право. М., 1960. – С. 193; Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. М., 1998. – С. 125; Юмашев Ю.М. Правовое регулирование прямых иностранных капиталовложений в ЕЭС. М., 1988. – С. 16; Звеков В.П. Международное частное право. – С. 215.

¹⁴⁵ Городисский А.М. Определение национальности юридических лиц и их признание в других странах. – С. 150; Кадышева О. В. Национальность юридических лиц в международном частном праве: дис... канд. юр. наук. М., 2002. – С. 28; Асосков А.В. Указ. соч. – С. 25.

¹⁴⁶ Ануфриева Л.П. Указ. соч. Т. 2. – С. 40; Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт. – С. 472.

¹⁴⁷ Корецкий В.М. Проблемы частного международного права в договорах, заключенных советскими республиками с иностранными государствами // Корецкий В. М. Избранные труды: в 2 кн. Киев: Наукова думка, 1989. – С. 32.

¹⁴⁸ Кадышева О.В. Национальность юридических лиц в международном частном праве. – С. 21–22.

¹⁴⁹ Там же. – С. 21–22.

¹⁵⁰ Асосков А.В. Указ. соч. – С. 25.

¹⁵¹ Кадышева О.В. Указ. соч. – С. 28.

средственно связана с категорией «личный закон юридического лица». Личный закон юридического лица определяется как право страны, национальность (государственную принадлежность) которой данное юридическое лицо имеет.

До настоящего времени ни национальное право, ни доктрина не выработали единого критерия для определения национальности и установления личного закона юридических лиц. Существует четыре классических подхода, в соответствии с которым происходит определение национальности юридического лица: теория инкорпорации, теория оседлости (центра управления), теория центра эксплуатации и теория контроля¹⁵². В настоящее время теория инкорпорации и теория оседлости продолжают считаться основными, в то время как теория центра эксплуатации и теория контроля – второстепенными¹⁵³. Кроме того, существует целый ряд модифицированных теорий определения национальности юридических лиц¹⁵⁴, однако все они основываются на уже существующих теориях.

Теория инкорпорации означает, что юридическое лицо имеет национальность того государства, где оно учреждено (инкорпорировано). Критерий учреждения возник в XVIII в. в Великобритании. Как отмечается в литературе, «потребности британской колониальной империи обуславливали необходимость инкорпорировать компании по отечественному праву и одновременно гарантировать им применение этого права в месте их фактической деятельности. Это давало торговым компаниям возможность переносить свои органы управления на другие территории без риска утраты правового статуса и обеспечивало претворение в жизнь экономических интересов колониального государства»¹⁵⁵.

Критерия места учреждения придерживаются страны англо-американской правовой семьи (Великобритания, США, большинство государств, входящих в Содружество наций, т. е. бывших английских колоний и доминионов – Индия, Нигерия, Кипр, Австралия, Новая Зеландия, Канада), а также ряд стран Латинской Америки (Бразилия, Венесуэла, Мексика, Куба, Перу). В качестве генеральной коллизионной привязки указанный критерий инкорпорации используется в § 18 (2) Указа о международном частном праве Венгрии 1979 г.

В советском законодательстве долгое время указанный критерий не был закреплен, но применялся в практике ВТАК¹⁵⁶. Впоследствии Указом Президиума Верховного совета СССР¹⁵⁷ в ст. 124 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик был закреплен принцип «закона страны, где учреждено предприятие или организация».

В настоящее время критерий места учреждения используется в качестве единственной коллизионной привязки для определения личного закона юридического лица (п. 1 ст. 1202 ГК РФ), а также организации, не признаваемой по иностранному праву юридическим лицом (ст. 1203 ГК РФ). Указанный критерий получил закрепление в ст. 1211 Модельного Гражданского кодекса стран СНГ, откуда затем он переместился в ст. 1272 ГК Армении 1998 г., ст. 1111 ГК Республики Беларусь 1998 г., ст. 1100 ГК Казахстана 1999 г.¹⁵⁸, ст. 1184 ГК Кыргызской Республики 1998 г.

¹⁵² Напр.: Вольф М. Указ. соч. – С. 323–337; Городисский А.М. Определение национальности юридических лиц и их признание в других странах. – С. 151–152; Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 365 и сл.

¹⁵³ Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт. – С. 474.

¹⁵⁴ Аухатов А.Я. Модифицированные теории определения личного закона юридического лица // Международное публичное и частное право. 2005. № 2. – С. 25; Звекон В.П. Коллизии законов в международном частном праве. – С. 247–249.

¹⁵⁵ Дубовицкая Е.А. Правоспособность юридических лиц по праву Европейских сообществ (практика Европейского суда) // Вестник ВАС РФ. 2000. № 12. – С. 100.

¹⁵⁶ Цит. по: Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 384.

¹⁵⁷ Ведомости Верховного совета СССР. 1977. № 21. Ст. 313.

¹⁵⁸ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Принят 1 июля 1999 г. (с изм. от 29 декабря 2014 г.) // Информационная система «Параграф» // Режим доступа: URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880 (дата обращения: 23 декабря 2016 г.).

Критерий места учреждения используется в Минской конвенции СНГ 1993 г.¹⁵⁹, согласно которой правоспособность юридического лица определяется законодательством того государства-участника, по законам которого оно было учреждено (п. 3 ст. 23). Аналогичный критерий используется в Соглашении СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г. (п. «а» ст. 11).

На недостатки и преимущества использования указанного критерия неоднократно обращалось внимание в отечественной доктрине. В частности, о целесообразности его применения высказывался А.М. Ладыженский¹⁶⁰, подвергали его резкой критике М.И. Брун¹⁶¹, а в современной доктрине – В.Л. Толстых¹⁶², И.В. Гетьман-Павлова¹⁶³. А.В. Асосков обращал внимание как на его достоинства, так и на его недостатки¹⁶⁴.

Анализ позиций ученых позволяет разделить мнение о том, что по сравнению с другими критерий инкорпорации позволяет наиболее легко обойти закон, является не вполне адекватным для офшорных компаний и спорным для транснациональных корпораций. В то же время именно этот критерий обладает определенными преимуществами по сравнению с другими. Как справедливо отмечает А. В. Асосков, основными его преимуществами являются легкость применения (достаточно проанализировать учредительные документы юридического лица), а также предсказуемость правового регулирования (в течение всего периода существования юридического лица его правовой статус подчиняется одной правовой системе, вне зависимости от изменения места ведения деятельности, состава участников и органов управления)¹⁶⁵. Таким образом, достоинствами указанного критерия является то, что он в принципе легко установим и понятен, поскольку юридическое лицо может иметь только одно место учреждения. В то же время не всегда основная деятельность юридического лица связана с местом его инкорпорации.

В этой связи не менее популярным способом определения личного закона юридического лица является применение теории оседлости, которая означает, что юридическое лицо имеет национальность того государства, где находятся его органы управления. При этом выделяют так называемую «статутарную» оседлость, т. е. оседлость, прописанную в уставе организации, и «фактическую» или «реальную» оседлость, т. е. место, где орган управления юридического лица фактически размещен.

Критерий статутарной оседлости получил закрепление в качестве генеральной коллизионной привязки, например, в Законе Румынии о МЧП 1992 г. Более распространенным в законодательстве зарубежных, в основном европейских, стран является критерий реальной оседлости. Указанный критерий получил отражение и стал преобладающим в законодательстве Австрии, Германии, Франции, Бельгии, Греции, Испании, Люксембурга, Португалии и других стран.

По мнению В.Л. Толстых, в отличие от критерия инкорпорации критерий места нахождения административного органа (центра управления), или критерий оседлости, отвечает требованию наличия реальной связи между отношением и правопорядком¹⁶⁶. В качестве достоинств указанного критерия ученый отмечает, что компания чаще всего относима к тому государству, из которого осуществляется управление ее деятельностью. С государством, на территории которого осуществляются функции юридического лица, последнее связано в большей степени,

¹⁵⁹ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (заключена в г. Минске 22 января 1993 г.) // СЗ РФ. 1995. № 17. Ст. 1472.

¹⁶⁰ Ладыженский А. М. Указ. соч. – С. 268.

¹⁶¹ Брун М.И. Юридические лица в международном частном праве. Кн. 1: О личном статусе юридического лица. – С. 10.

¹⁶² Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 405.

¹⁶³ Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт. – С. 478.

¹⁶⁴ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 79.

¹⁶⁵ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 79.

¹⁶⁶ Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 405 и сл.

чем с государством регистрации¹⁶⁷. По мнению А.В. Асоскова, применение критерия реальной оседлости позволяет преодолеть основной недостаток, на который указывают критики критерия места учреждения, поскольку учредители юридического лица не могут избежать применения императивных корпоративных норм соответствующего государства, с территорией которого наиболее тесно связано существование данного юридического лица¹⁶⁸.

Вместе с тем в литературе указывается и на недостатки рассматриваемого критерия, связанные в первую очередь с тем, что порою возникают трудности установления того органа, который может считаться органом управления, решающим для определения личного закона юридического лица. Это может быть общее собрание участников, заседание правления и т. п. Вместе с тем, отмечает А.В. Асосков, в конце XX в. в большинстве стран континентальной Европы, использующих критерий реальной оседлости, предпочтение стало отдаваться месту проведения заседаний правления юридического лица¹⁶⁹. Еще одним недостатком рассматриваемого критерия является практическая непригодность его применительно к многонациональным юридическим лицам, имеющим разветвленную систему управления¹⁷⁰. Между тем именно этот критерий был воспринят в Регламенте Совета ЕС от 8 октября 2001 г. № 2157/2001 об Уставе европейской компании, в соответствии с которым местом нахождения административного центра понимается место нахождения исполнительного или контрольного органа¹⁷¹.

Выделяют также теорию центра эксплуатации, в соответствии с которой юридическое лицо имеет национальность того государства, где оно фактически осуществляет свою деятельность. Указанный критерий закреплен в законодательстве целого ряда арабских государств (Сирия, Египет, Тунис) и, как отмечает Н.Ю. Ерпылева, в прошлом выступал как одно из средств борьбы за экономическую независимость¹⁷². На сегодняшний день данный критерий можно встретить в коллизионном законодательстве развивающихся стран, которые таким образом стремятся обеспечить применение собственного права к зарегистрированным за рубежом компаниям, ведущим активную деятельность на территории этих государств (прежде всего в сфере добычи природных ресурсов)¹⁷³.

Как отмечает В.Л. Толстых, указанный критерий отражает принцип реальной связи компании и государства. С другой стороны, он еще более неудобен для крупных компаний, чья деятельность осуществляется в нескольких государствах¹⁷⁴. На недостатки указанного критерия обращает внимание А.В. Асосков, отмечая его неопределенность (юридическое лицо может одновременно осуществлять свою деятельность на территории нескольких стран) и неустойчивость (на протяжении короткого периода времени юридическое лицо может сменить несколько мест своей предпринимательской деятельности)¹⁷⁵.

Помимо названных, выделяют также критерий контроля, в соответствии с которым юридическое лицо имеет национальность государства, лица которого осуществляют над ним фактический контроль. В литературе отмечается, что возникновение указанной теории связано с периодом Первой и Второй мировых войн, когда для предупреждения нарушения законодательства «о враждебных иностранцах» устанавливались владельцы капиталов юридических

¹⁶⁷ Там же. – С. 406.

¹⁶⁸ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 81.

¹⁶⁹ Там же. – С. 82.

¹⁷⁰ Толстых В.Л. Указ. соч.

¹⁷¹ Звекон В.П. Указ. соч. – С. 244.

¹⁷² Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: учебник для вузов / Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2015. – С. 84.

¹⁷³ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 84.

¹⁷⁴ Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 406.

¹⁷⁵ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. – С. 84.

лиц¹⁷⁶. Критерий контроля получил отражение в качестве субсидиарной привязки в законодательстве некоторых зарубежных стран (Румыния, Швейцария), судебной практике Великобритании, США, Франции и других стран. Указанный критерий закреплен в международных правовых актах, таких, например, как Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г.¹⁷⁷, Договор к Энергетической хартии 1994 г.

Весьма оригинальным и отличающимся от большинства законов других стран является законодательство Лихтенштейна, в котором используется критерий автономии воли сторон при установлении личного закона юридического лица. Это означает, что при создании юридического лица законодательство Лихтенштейна допускает свободный выбор права его учредителями. Как отмечает И.В. Гетьман-Павлова, эта генеральная привязка связана с тем, что Лихтенштейн – это респектабельный офшор, где офшорная деятельность составляет более 30 % доходной части его бюджета¹⁷⁸.

Нужно отметить, что в законодательстве по МЧП многих стран, в отличие от РФ, используется сразу несколько критериев для установления личного закона юридического лица, что получило в литературе название «смешанного критерия». Так, например, польский законодатель в качестве генеральной коллизионной привязки использует критерий оседлости, который дополняется критерием инкорпорации, а также критерием места осуществления деятельности при совершении юридическим лицом коммерческих сделок (ст. 17.1—17.2, 18 Закона о МЧП Польши). В соответствии с Указом о МЧП Венгрии личным законом юридического лица является право страны, где оно было зарегистрировано, дополнительно учитываются критерий оседлости или критерий основного места деятельности (§ 18.1—18.2). В соответствии с абз. (2) ст. 56 Кодекса МЧП Болгарии генеральная привязка инкорпорации дополнена критериями статutarной и реальной оседлости. В Законе о МЧП Италии критерий инкорпорации дополняется критерием оседлости и основного места деятельности в отношении юридических лиц, осуществляющих деятельность в Италии (п. 1 ст. 25). В Законе Бельгии «О Кодексе международного частного права» 2004 г. также используется смешанный критерий, сочетающий теорию инкорпорации и основного места деятельности.

В литературе справедливо отмечается, что использование смешанного критерия отражает современную тенденцию подчинения статута юридического лица вариативной комбинации коллизионных привязок, состоящей из критериев инкорпорации, оседлости и центра эксплуатации. Это является выражением одной из основ МЧП – принципа наиболее тесной связи, согласно которому к трансграничным частноправовым отношениям должно применяться право той страны, с которой эти отношения наиболее тесно связаны¹⁷⁹. Подобный опыт может быть использован отечественным законодателем в ст. 1202 ГК РФ либо международных соглашениях со странами ЕАЭС.

Попытки унификации вопросов, связанных с установлением личного закона юридического лица, неоднократно предпринимались на международном уровне. Одним из первых подобных международных правовых актов стал Кодекс Бустаманте 1928 г.¹⁸⁰, хотя нормы о национальности юридических лиц здесь были сформулированы, на наш взгляд, недостаточно четко. Анализ ст. 16–18 данного кодекса позволяет сделать вывод о том, что в качестве основного в документе используется критерий инкорпорации, который применительно, в частности, к торговым обществам и акционерным обществам дополняется критериями статutar-

¹⁷⁶ Звеков В.П. Указ. соч. – С. 247.

¹⁷⁷ Советский журнал международного права. 1991. № 2. – С. 210–229.

¹⁷⁸ Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт. – С. 507.

¹⁷⁹ Там же. – С. 482; Бальзамов Р.Л. Указ. соч.

¹⁸⁰ Кодекс международного частного права (Кодекс Бустаманте) (Гавана, 20 февраля 1928 г.) // Архив сайта «Правовая Россия» // Режим доступа: URL: <http://old.lawru.info/legal12/se15/pravo15094/page6.htm> (дата обращения: 20 декабря 2016 г.).

ной и реальной оседлости. При этом в отличие от остальных правовых актов ст. 20 Кодекса Бустаманте позволяет изменить национальность корпораций, фондов, обществ и товариществ, кроме случаев изменения территориального суверенитета, что должно подчиняться условиям, требуемым законом их прежней и новой национальности.

Попытка унификации норм о признании правосубъектности иностранных юридических лиц предпринималась в Конвенции о признании правосубъектности иностранных обществ, ассоциаций и учреждений от 1 июня 1956 г., разработанной в рамках Гаагской конференции по международному частному праву, а также в Конвенции о взаимном признании торговых товариществ и юридических лиц 1968 г., которые не вступили в силу.

В Конвенции 1956 г. одновременно был закреплён критерий инкорпорации и критерий места нахождения управления юридического лица. Как отмечает Р.Л. Бальзамов, смысл компромисса, достигнутого в Конвенции 1956 г., состоял в закреплении *status quo*, то есть права каждого государства – участника Конвенции следовать своей собственной системе определения национальности юридических лиц. Существенным элементом компромисса между системой инкорпорации и системой реальной оседлости явилось положение Конвенции о том, что общество, инкорпорированное в стране, придерживающейся первой системы, но имеющее центральную администрацию в другой стране, придерживающейся второй системы, добиваясь признания в этой другой стране, может получить его, если без промедления переместит свою центральную администрацию в страну инкорпорации¹⁸¹. В то же время в ст. 6 Брюссельской конвенции был закреплён принцип инкорпорации.

Решению проблем, связанных с использованием в разных странах различных критериев при определении национальности коммерческих объединений, способствует заключение государствами двусторонних соглашений, в которых взаимно признаются юридические лица договаривающихся государств. В этой связи, например, СССР, а затем и РФ заключили ряд двусторонних договоров о правовой помощи, в которых основным критерием выступает критерий инкорпорации. Так, согласно ст. 35/В Договора между СССР и Венгерской Народной Республикой об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 15 июля 1958 г. возникновение юридического лица определяется законодательством той договаривающейся стороны, на территории которой оно было зарегистрировано¹⁸². Между тем, как было сказано ранее, в Указе о международном частном праве Венгрии 1979 г. критерий места учреждения является генеральной, но не единственной коллизионной привязкой при определении личного закона юридического лица.

Критерий инкорпорации используется и в Договоре между РФ и Монголией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 20 апреля 1999 г.¹⁸³, а также в договорах о правовой помощи между РФ и Республикой Польшей от 16 сентября 1996 г.¹⁸⁴, Республикой Кубой от 28 ноября 1984 г.¹⁸⁵, Республикой Индией от 3 октября 2000 г.¹⁸⁶ и т. д.

Таким образом, основным критерием, используемым при определении личного закона юридического лица в соответствии с правом РФ, а также международными соглашениями РФ, является критерий инкорпорации.

В то же время использование в других странах других критериев требует взаимного признания компаний. Учитывая то, что во всех странах ЕАЭС также используется критерий

¹⁸¹ Бальзамов Р.Л. Указ. соч. – С. 61.

¹⁸² Ведомости ВС СССР. 1958. № 35. Ст. 423.

¹⁸³ Собрание законодательства РФ. 2008. № 2. Ст. 2490.

¹⁸⁴ Собрание законодательства РФ. 2002. № 7. Ст. 634.

¹⁸⁵ Ведомости ВС СССР. 1986. № 36. Ст. 743.

¹⁸⁶ Собрание законодательства РФ. 2006. № 20. Ст. 2160.

инкорпорации, проблемы взаимного признания компаний между этими странами не возникает. В то же время использование в других странах других критериев требует взаимного признания компаний, происходящих из стран, коллизионное право которых использует неодинаковые критерии. В этой связи ст. 1202 ГК РФ могла бы содержать норму, в соответствии с которой основным критерием для установления личного закона для иностранного юридического лица являлся бы критерий инкорпорации за исключением тех случаев, когда указанное лицо докажет, что оно является лицом иного государства нежели страна его регистрации, в том числе в случаях, когда подобной регистрации не требуется. Установление личного закона юридического лица либо организации, не признаваемой юридическим лицом, означает определение права, применимого для решения целого круга вопросов, касающихся правового статуса указанных лиц, в том числе как участников международных коммерческих договоров с позиции международного частного права.

Законодательство зарубежных стран и международные правовые акты с участием РФ с разной степенью детализации раскрывают сферу применения личного статута юридических лиц¹⁸⁷. Например, в Конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. содержится лишь одно положение, в котором говорится о правоспособности юридического лица, определяемой его законом (п. 3 ст. 23 Конвенции). В Модельном гражданском кодексе СНГ также содержится одна статья, посвященная гражданской правоспособности юридического лица, определяемой законом юридического лица (п. 1 ст. 1212 Модельного ГК СНГ). Указанной норме следуют ГК Беларуси (п. 1 ст. 1112) и ГК Казахстана (п. 1 ст. 1101).

В других зарубежных странах характеристика личного закона юридического лица также ограничивается понятиями «правоспособность» (к примеру, законодательство Вьетнама, Китая, Литвы), «правоспособность и дееспособность» (в Греции, Грузии, Латвии), «правовой статус» (Египет)¹⁸⁸.

Между тем большинство рассматриваемых законодательных актов по МЧП содержат детальное раскрытие сферы действия личного статута юридического лица (например, п. 3 ст. 17 Польского закона о МЧП 2011 г., п. 2 ст. 1272 ГК Республики Армения, п. 1 § 18 Указа Венгрии о МЧП 1979 г., § 1 ст. 111 Закона Бельгии о МЧП 2004 г., ст. 58 Кодекса о МЧП Болгарии 2005 г., п. 9 ст. 11 ГК Испании 1889 г., п. 2 ст. 25 Закона о МЧП Италии 1995 г., п. 1 и 2 ст. 33 ГК Португалии 1966 г., ст. 155 Закона о МЧП Швейцарии и др.¹⁸⁹). Например, в соответствии с английским правом личным законом юридического лица определяется:

- 1) является ли образование юридическим лицом;
- 2) вопросы утраты корпоративного статуса;
- 3) любые иные сколько-нибудь значимые вопросы, относящиеся к этому образованию (в отношении ли правоспособности, создания или чего-то другого)¹⁹⁰.

В ранее действовавшем отечественном законодательстве по МЧП вопросы личного статута почти не раскрывались. Как отмечает В.П. Звеков, в Основах гражданского законодательства 1961 г. критерий инкорпорации использовался для установления закона, подлежащего применению к гражданской правоспособности иностранных предприятий и организаций при совершении сделок по внешней торговле и по связанным с ней расчетным, страховым и иным

¹⁸⁷ Не раскрывается сфера личного статута юридического лица в Законе о МЧП Австрии 1978 г., Вводном законе к ГГУ 1896 г.

¹⁸⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный). 4-е изд., испр. и доп. / Отв. ред. д-р юр. наук., заед. деят. науки РФ Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2014. – С. 476.

¹⁸⁹ Подр. об этом: Гетьман-Павлова И.В. Личный закон юридических лиц в национальных кодификациях международного частного права // Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт. – С. 471–525.

¹⁹⁰ Гетьман-Павлова И.В. Указ. соч. – С. 503.

операциям, а в Основах гражданского законодательства 1991 г. – для определения правоспособности иностранных юридических лиц¹⁹¹. В действующей ч. III ГК РФ сфера личного статуса определена детальным образом и содержит открытый перечень вопросов, относимых к его действию (п. 2 ст. 1202 ГК РФ), в числе которых вопросы, касающиеся порядка приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей.

Между тем в практической деятельности коммерсанты нередко сталкиваются с той же проблемой, что и индивидуальные предприниматели, участвующие в международном коммерческом обороте. Равно как и ИП, юридические лица и коммерческие объединения, не признаваемые в качестве таковых по иностранному праву, при заключении международных коммерческих договоров нередко ссылаются на отсутствие своей дееспособности по своему личному закону.

На этот счет законодатели по МЧП устанавливают специальные правила в целях сохранения способности сделки оставаться действительной, т. е. сохранения ее «валидтивности». Немаловажным в этой связи является норма п. 3 ст. 1202 ГК РФ, в соответствии с которой юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, неизвестное праву страны, в которой орган или представитель юридического лица совершил сделку, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении. Аналогичное положение содержит п. 2 ст. 1272 ГК Армении.

Таким образом, следуя российскому законодательству, сделка, совершенная иностранным юридическим лицом на территории РФ, не может быть признана недействительной ввиду отсутствия или ограничения дееспособности у юридического лица, неизвестного, к примеру, российскому контрагенту указанной сделки за исключением тех случаев, когда отечественный контрагент знал или заведомо должен был знать об указанном ограничении.

Похожая норма сформулирована в Модельном ГК СНГ. Согласно ей иностранное юридическое лицо не может ссылаться на ограничение органа или представителя на совершение сделки, не известное праву страны, в которой орган или представитель иностранного юридического лица совершил сделку (п. 2 ст. 1212). Таким образом, в данном случае законодатель не ставит условия о том, что другая сторона в сделке знала или должна была знать о таком ограничении для того, чтобы признать такую сделку недействительной.

Признавая определенные достоинства приведенной коллизионной привязки, способствующей, как уже было сказано, сохранению «валидтивности» сделки, в то же время отметим, что она имеет определенные недостатки. По справедливому мнению И.В. Гетьман-Павловой, «привязка к месту совершения сделки представляет собой устаревшее и чрезвычайно неудачное решение, хотя бы ввиду сложностей установления такого места в современных условиях»¹⁹². Более удачными в данной связи могли бы стать иные привязки.

Например, швейцарский законодатель в ст. 158 Закона о МЧП приводит положение, согласно которому товарищество не вправе ссылаться на ограничения полномочий своего органа или представителя, не известные праву места делового обзаведения или обычного пребывания другой стороны, за исключением случаев, когда последняя знала или должна была знать об этих ограничениях. Таким образом, здесь речь идет о привязке не к праву страны места заключения сделки, а к праву страны контрагента лица, которое ссылается на ограничение полномочий своего органа или представителя.

Учитывая изложенное, более удачной выглядит привязка к праву страны контрагента стороны, ссылающейся на ограничение своих полномочий. Подобную норму можно было бы

¹⁹¹ Звекон В.П. Указ. соч. – С. 243.

¹⁹² Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт. – С. 478.

включить в п. 3 ст. 1202 ГК РФ, а также в международное соглашение ЕАЭС, отразив ее следующим образом:

«Юридическое лицо не вправе ссылаться на ограничение полномочий своего органа или представителя на совершение сделки по своему личному закону, если такое ограничение неизвестно праву страны его контрагента, за исключением случаев, когда контрагент знал или должен был знать об указанном ограничении».

§ 3. Форма международного коммерческого договора

Любая гражданско-правовая сделка представляет собой волевой акт участника гражданского оборота. «Юридическое значение воля участника сделки может приобрести только в том случае, если она выражена вовне, объективирована»¹⁹³. В силу п. 3 ст. 154 ГК РФ для заключения международного коммерческого договора как разновидности двух- или многосторонней сделки необходимо выражение вовне согласованной воли двух или более сторон, которое происходит в установленной для такого договора *форме*.

В философии «форма» (от лат. *forma*) означает внешнее очертание, наружный вид предмета, внешнее выражение какого-либо содержания¹⁹⁴. Юридическое значение формы сделки состоит в том, что она, во-первых, фиксирует волеизъявление ее контрагентов; во-вторых, является доказательством заключения договора либо возникновения иного правоотношения; в-третьих, представляет собой одно из условий действительности сделок¹⁹⁵. Сказанное в полной мере относится к форме международного коммерческого договора как разновидности гражданско-правовой сделки.

Правовое регулирование формы гражданско-правовых договоров, в том числе договоров международного коммерческого характера, выражается «в установлении определенных требований к ней и последствий их нарушения, поэтому под формой договора следует понимать требования к оформлению договора»¹⁹⁶. Нарушение установленных требований к форме договора в определенных случаях может повлечь его недействительность. Однако, как справедливо отмечает И.С. Зыкин, конкретный перечень таких требований может носить только примерный характер и они могут различаться в зависимости от применимого права¹⁹⁷.

В немногочисленных международных соглашениях, посвященных материальному правовому регулированию международных коммерческих договоров, практически не содержится норм, определяющих их форму. Исключением из общего правила являются Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., в ст. 11 которой провозглашена свобода формы договора международной купли-продажи товаров, а также Конвенция ООН «Об использовании электронных сообщений в международных договорах» 2005 г. (далее – Конвенция 2005 г.), в п. 1 ст. 8 которой закреплена возможность совершения договоров и относящихся к ним сообщений в электронной форме. С учетом этого основными источниками материально-правового регулирования формы международных коммерческих договоров являются акты внутреннего гражданского и торгового законодательства государств, которые устанавливают форму внутренних гражданско-правовых и торговых сделок, а в части электронной формы договора в установленных случаях – также положения Конвенции 2005 г.

Анализ норм советского, а позднее и российского законодательства в области материального правового регулирования формы гражданско-правовой сделки неоднократно проводился отечественными учеными. В разное время указанному вопросу уделяли внимание М.М. Агарков, И.Б. Новицкий, О.А. Красавчиков, О.С. Иоффе, И.В. Матвеев, К.И. Скловский. Одним из современных монографических исследований, посвященных комплексному анализу формы сделки, является работа К.П. Татаркиной «Форма сделок в гражданском праве России» (2012

¹⁹³ Татаркина К.П. Форма сделок в гражданском праве России: монография. Томск, 2012 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁹⁴ Краткая философская энциклопедия / Ред. Е.Ф. Губский, Г.В. Кораблева, В.А. Лутченко. М.: Прогресс: Энциклопедия, 1994. – С. 489.

¹⁹⁵ Матвеев И. Юридическое значение формы сделки и ответственность за ее нарушение // Хозяйство и право. 2001. № 12. – С. 97.

¹⁹⁶ Курлычев Д.В. Форма договора во внешнеэкономической деятельности: дис... канд. юр. наук. М., 2009. – С. 13–14.

¹⁹⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей // Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. М.: Юрайт 2005. —С. 391.

г.)¹⁹⁸, а в отношении электронной формы сделки – работа А.И. Савельева «Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование» (2014 г.)¹⁹⁹.

В юридической науке принято выделять несколько разновидностей форм сделок. Так, О.С. Иоффе выделял прямые волеизъявления (устные и письменные), конклюдентные волеизъявления и изъявления воли посредством молчания²⁰⁰; О.Ю. Красавчиков – положительные и отрицательные волеизъявления, относив к последним молчание²⁰¹; И.В. Матвеев – устную и письменную формы сделок²⁰²; К.И. Скловский – письменную и устную формы, а также конклюдентные действия и молчание²⁰³; К.П. Татаркина – устные, письменные, конклюдентные и молчаливые, а также словесные и несловесные волеизъявления²⁰⁴. Следуя мнениям ученых, полагаем, что форма любой гражданско-правовой сделки может быть определена, во-первых, как устная, письменная, конклюдентная и молчаливая, во-вторых, как словесная и несловесная. В-третьих, в XXI в. в качестве формы сделки необходимо выделять электронную форму сделки, которая противопоставляется сделкам, совершаемым в бумажной форме²⁰⁵, т. е. письменным сделкам, а также устным сделкам.

Являясь разновидностью гражданско-правовой сделки, международный коммерческий договор облекается в словесную форму, может быть заключен в традиционных устной или письменной формах либо заключаться в электронной форме. При этом действия акцептанта могут состоять в совершении конклюдентных действий либо в молчании, что не изменяет форму заключаемого договора, определяемого в оферте. Так, в соответствии с п. 3 ст. 438 ГК РФ совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т. п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте. Кроме того, конклюдентными действиями может быть выражено согласие на изменение уже заключенного договора, что, в частности, находит отражение в практике МКАС при ТПП РФ²⁰⁶ и арбитражных судов РФ²⁰⁷.

Что касается молчания, то оно признается выражением воли совершить сделку в случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон (п. 3 ст. 158 ГК РФ). Аналогичные положения содержатся в п. 1 ст. 18 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Подтверждением «правилу молчания» служит пример из практики МКАС при ТПП РФ. Так, в одном из дел, рассмотренных по иску германской фирмы к российской организации, МКАС при ТПП РФ, применяя российское право, констатировал, что ссылки ответчика на его телексы, на которые истец не дал ответа, не могут быть учтены на основании п. 3 ст. 158 ГК РФ, поскольку молчание признается выражением воли совершить сделку лишь в

¹⁹⁸ Татаркина К.П. Указ. соч.

¹⁹⁹ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2014// СПС «Консультант Плюс».

²⁰⁰ Иоффе О.С. Советское гражданское право: курс лекций. Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. Л.: Изд-во Ленинград, ун-та, 1958. —С. 197.

²⁰¹ Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958. – С. 100–101.

²⁰² Матвеев И. Указ. соч. – С. 90.

²⁰³ Скловский К. И. Сделка и ее действие. Комментарий главы 9 ГК РФ (Понятие, виды и форма сделок. Недействительность сделок). 2-е изд. М.: Статут, 2015//СПС «Консультант Плюс».

²⁰⁴ Татаркина К.П. Указ. соч.

²⁰⁵ Савельев А.И. Указ. соч.

²⁰⁶ Практика МКАС при ТПП РФ за 2003 г. //Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2004. – С. 234–241.

²⁰⁷ Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров» от 5 мая 1997 г.; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30 сентября 2016 г. № 09АП-43828/2016-ГК по делу № А40-233632/15-170-1902; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19 сентября 2016 г. № 09АП-41247/2016 по делу № А40-29243/15 // СПС «Консультант Плюс».

случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон²⁰⁸. К аналогичному мнению приходят в своих решениях арбитражные суды РФ²⁰⁹.

В отечественном гражданском законодательстве возможность заключения договора в устной форме получила закрепление в ряде статей ГК РФ (п. 1–2 ст. 158, ст. 159, п. 2 ст. 441 ГК РФ). В качестве общего правила отечественный законодатель предусматривает норму, в соответствии с которой сделка, для которой законом или соглашением сторон не установлена письменная (простая или нотариальная) форма, может быть совершена устно (п. 1 ст. 159 ГК РФ). Аналогичные положения содержит п. 1 ст. 158 Модельного ГК СНГ 1994 г., а также п. 1 ст. 295 ГК Республики Армения, п. 1 ст. 160 ГК Республики Беларусь, п. 2 ст. 151 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 175 ГК Кыргызской Республики. При этом, как справедливо отмечает Д.В. Курлычев, «возможность заключения договора в устной форме появляется по так называемому остаточному принципу, когда допускается заключение устных договоров во всех случаях, если законом или соглашением сторон не требуется письменной (простой или нотариальной) формы»²¹⁰. Сказанное в полной мере относится к законодательству стран ЕАЭС.

В законодательстве других зарубежных стран отсутствуют специальные нормы, посвященные устной форме договора. Нет их, например, в Германском гражданском уложении (ГГУ), Французском гражданском кодексе (ФГК), Гражданском кодексе Квебека (ГК Квебека) и т. д. Несмотря на это доктрина и судебная практика указанных и многих других стран признают возможность совершения сделок в устной форме²¹¹. Как отмечает К.П. Татаркина, устное волеизъявление не находит закрепления в законодательных актах, потому что для этой формы закон не устанавливает специальных требований²¹². С указанным мнением следует согласиться.

Другой формой международного коммерческого договора при подчинении его национальному праву является письменная форма. Так, например, германский законодатель выделяет письменную форму сделки, установленную законом, и согласованную письменную форму сделки (то есть когда стороны самостоятельно установили в качестве формы договора его письменную форму). Согласно § 126 ГГУ, если законом установлена письменная форма, документ должен иметь собственноручную подпись составителя либо знак, исполненный им от руки и засвидетельствованный нотариально. При заключении договора обе стороны должны подписаться под одним документом. В соответствии с той же нормой ГГУ, если при заключении договора составлено несколько документов тождественного содержания, достаточно, чтобы каждая из сторон подписала экземпляр документа, предназначенный для другой стороны.

По сравнению с устной письменная форма договора обладает большей доказательственной силой. При этом, как отмечает М.А. Егорова, большинство коммерческих договоров заключаются в письменной форме, что связано с необходимостью предоставления доказательств в судебные инстанции в случае возникновения разногласий сторон, а также в целях толкования самими сторонами договора его условий. По ее мнению, заключение коммерческих договоров в письменной форме следует признать совершенно необходимым для обеспечения стабильности коммерческого оборота, в котором часто используются различные способы обеспечения исполнения обязательств, применение мер ответственности к неисправным должникам и иные меры защиты, требующие подробной документированной регламентации. Кроме того, как под-

²⁰⁸ Практика МКАС при ТПП РФ за 1999–2000 гг. // Сост. М. Г. Розенберг. М.: Статут, 2002 // СПС Консультант Плюс».

²⁰⁹ Постановление ФАС Поволжского округа от 16 августа 2016 г. № Ф06-11394/2016 по делу № А06-10714/2015; Постановление ФАС Московского округа от 11 августа 2016 г. № Ф05-11166/2016 по делу № А40-146677/2015 // СПС «Консультант Плюс».

²¹⁰ Курлычев Д.В. Указ. соч. – С. 15.

²¹¹ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – С. 534–535.

²¹² Татаркина К.П. Указ. соч.

черкивает М.А. Егорова, письменная форма сделки позволяет более совершенно осуществлять контроль исполнения обязательств по договору²¹³.

Сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами (п. 1 ст. 160 ГК РФ). Норма п. 1 ст. 160 ГК РФ повторяет п. 1 ст. 159 Модельного ГК СНГ и содержится также в п. 1 ст. 296 ГК Республики Армения, п. 1 ст. 161 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 176 ГК Кыргызской Республики. Аналогичная по смыслу норма включена в п. 2 ст. 152 ГК Республики Казахстан, согласно ей сделка, совершенная в письменной форме, должна быть подписана сторонами или их представителями, если иное не вытекает из обычаев делового оборота.

В силу п. 2 ст. 434 ГК РФ письменная форма договора считается соблюденной, если договор составлен в виде одного документа, подписанного сторонами, а также если стороны обменялись письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. Аналогичные нормы содержатся в п. 2 ст. 429 Модельного ГК СНГ, а также п. 3 ст. 450 ГК Республики Армения, п. 2 ст. 404 ГК Республики Беларусь, п. 2 ст. 395 ГК Кыргызской Республики. Таким образом, помимо обычной (бумажной) формы договора законодатель предусматривает электронную форму договора, по всей видимости относимую им к разновидности письменной формы. Кроме этого, письменная форма считается соблюденной, когда лицо, получившее письменную оферту, совершает действия (отгрузка товара, уплата цены и т. п.) по выполнению условий, предусмотренных в оферте (п. 3 ст. 434 ГК РФ).

В ряде стран зарубежный законодатель также прямо устанавливает, что письменная форма сделки включает электронную. Так, например, в соответствии со ст. 1108-1 ФГК, когда для действительности сделки требуется, чтобы она была письменной, она может быть составлена в электронной форме. В п. 1–1 ст. 152 ГК Республики Казахстан содержится норма о том, что письменная форма сделки совершается на бумажном носителе или в электронной форме.

В то же время, например в соответствии с § 126 ГГУ, письменная форма может быть заменена на электронную, которая в соответствии с § 126а ГГУ признается самостоятельной формой сделки, выступающей тем не менее аналогом письменной формы.

Между тем электронная форма международного коммерческого договора не всегда может быть приравнена к письменной форме, то есть не всегда служит ее аналогом. Соблюдение бумажной письменной формы договора требует его подписания. Очевидно, для признания электронной формы аналогом письменной с соответствующими правовыми последствиями электронный договор также должен содержать подписи, созданные с помощью соответствующих технических средств (например, § 126а ГГУ, ст. 1108-1 ФГК). В отечественном законодательстве соответствующие нормы, определяющие условия признания электронных документов, подписанных электронной подписью, равнозначными документам на бумажном носителе, подписанном собственноручной подписью, содержатся в ст. 6 ФЗ РФ «Об электронной подписи»²¹⁴. Аналогичные положения содержит специальное законодательство стран ЕАЭС.

Между тем в категорию сделок, приравненных по форме к письменным, не подпадают ряд международных коммерческих договоров, которые заключаются с помощью веб-сайтов либо посредством SMS-сообщений и других электронных сообщений и не укладываются в традиционные виды деления их форм на письменные и устные. В этой связи следует признать справедливым мнение К. П. Татаркиной, которая считает, что, помимо традиционных

²¹³ Егорова М.А. Коммерческое право: учебник для вузов. М.: Статут, 2013// СПС «Консультант Плюс».

²¹⁴ Федеральный закон № 63-ФЗ «Об электронной подписи» от 6 апреля 2011 г. (в ред. ФЗ № 445-ФЗ от 30 декабря 2015 г.) // СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2036.

форм сделок, не нашедшие легального закрепления способы выражения воли также могут являться формой совершения сделок, которые отличаются от иных, предусмотренных законом форм сделок²¹⁵. Все эти сделки, включая сделки, заключенные в виде электронных документов, можно объединить под общим названием «сделка, совершаемая в электронной форме» («электронная сделка»), отделив их тем самым от сделок, совершаемых в традиционных письменной и устной форме. Следовательно, наряду с письменной и устной формами международных коммерческих договоров можно говорить о международных коммерческих договорах, совершенных в электронной форме²¹⁶.

Что касается традиционной бумажной (письменной) формы международного коммерческого договора, то она может включать простую письменную форму и квалифицированную письменную форму. В соответствии с российским правом к последней следует отнести нотариальную форму договора. Законодатель не определяет в качестве отдельной формы договора сделку, требующую государственной регистрации, однако ряд договоров, заключаемых в письменной форме, подлежат государственной регистрации (ст. 164 ГК РФ). Как отмечает по данному вопросу Д.В. Курлычев, законодатель разграничивает понятие формы сделки и ее регистрацию. Вместе с тем, по его мнению, необходимо включать в требования к оформлению сделки также и ее регистрацию. Другими словами, вопросы о том, в какой форме подлежит совершению сделка и требует ли она регистрации, должны решаться на основе материального права, определенного с помощью единых коллизионных критериев²¹⁷. Указанное мнение заслуживает внимания.

В соответствии с зарубежным правом квалифицированная письменная форма договора означает необходимость совершения каких-либо дополнительных действий: например, это могут быть действия нотариуса, регистрация сделки в различных реестрах (поземельных реестрах, ипотечных книгах, морских реестрах и т. п.)²¹⁸. В частности, положения о нотариальном удостоверении договора содержит § 128 ГГУ.

Незнакомой отечественному законодателю и романо-германскому праву в целом является форма договора «за печатью», известная англо-американскому праву. В соответствии с правом Англии особые требования к договорам «за печатью» предъявляются не только собственно к форме указанного договора, но и к процедуре его оформления, история которой уходит в Средние века. Как пишет Е.А. Васильев, еще в Средние века было установлено требование, что обещание, чтобы стать действительным, должно было быть оформлено в виде специального акта, который должен был быть подписан, опечатан и вручен лицом, принимающим на себя обязательство, кредитору²¹⁹. Однако в настоящее время оформление договора «за печатью» является некой формальностью. При этом, как и прежде, простое скрепление компанией договора подписью и печатью не превращает указанный договор в договор «за печатью».

Правом США также было воспринято оформление договоров «за печатью», которое в настоящее время тоже не имеет большого практического значения. Равно как и в Англии, в ст. 2-203 ЕТК США содержится правило, в соответствии с которым простое приложение печати к документу, подтверждающему договор продажи или предложение о покупке или продаже товаров, не превращает его в документ «за печатью».

Таким образом, *основными формами* международного коммерческого договора выступают его устная, письменная и электронная формы. Особенности квалифицированной письменной формы зависят от применимого права и могут различаться (нотариальная, «за печат-

²¹⁵ Татаркина К.П. Указ. соч.

²¹⁶ Об особенностях заключения международного коммерческого договора в электронной форме – в § 2 гл. 5 настоящего исследования.

²¹⁷ Курлычев Д.В. Указ. соч. – С. 12.

²¹⁸ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. —

²¹⁹ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. – С. 536–537.

тью» и т. д.). Электронная форма международного коммерческого договора является его новой формой, которая при соблюдении определенных условий, установленных законом, по своим юридическим последствиям может рассматриваться в качестве аналога письменной формы, то есть приравниваться к ней.

Учитывая «международный» характер международного коммерческого договора, связанный с правом более чем одного государства, при его заключении у сторон может возникнуть вопрос о возможности самим установить его форму. Указанная возможность связана с принципом свободы договора, составной частью которого выступает *свобода формы* международного коммерческого договора²²⁰.

Как было отмечено в самом начале параграфа, свобода формы договора получила закрепление в ст. 11 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., а также документах *lex mercatoria*, широко используемых в практике международного коммерческого оборота.

Свобода формы международного коммерческого договора означает, что нормативные и правовые акты не предъявляют каких-либо требований к его форме для того, чтобы он мог считаться заключенным, и представляет собой одну из современных *тенденций* развития права международных коммерческих договоров. Например, если в конце прошлого века Руководство по составлению международных дистрибьюторских соглашений 1988 г. (публикация МТП № 518) рекомендовало письменную форму дистрибьюторского соглашения, современные источники *lex mercatoria* за некоторыми исключениями отказываются от установления какой-либо определенной формы договора для признания его заключенным либо предлагают в качестве такой формы электронную форму. Последнее, как было сказано, предусмотрено п. 1 ст. 8 Конвенции 2005 г.

Так, не требуется совершения договора в какой-либо определенной форме в соответствии со ст. 1.2 Принципов УНИДРУА 2010 г., п. 2 ст. 2:101 Принципов европейского договорного права, ст. 11.-1:106 Модельных правил европейского частного права. В ст. IV.3.1 Свода CENTRAL содержится правило, согласно которому для заключения, составления или подтверждения договора не требуется письменная форма, если в отношении формы не установлены иные требования. Таким образом, современные документы *lex mercatoria* в целом исходят из принципа свободы формы договора.

В национальном праве свобода формы договора также проистекает из принципа свободы договора, являющегося основополагающим принципом правового регулирования гражданско-правовых договоров, в том числе международного коммерческого характера, с позиции национального применимого права.

В ГК РФ принцип свободы договора получил закрепление в ст. 421, его содержание раскрывается через совокупность нескольких элементов, количество которых в разных исследованиях неодинаково²²¹. Вместе с тем в большинстве исследований отмечается, что смысл свободы договора проявляется в том, что:

- 1) стороны договора свободны в выборе контрагента;
- 2) стороны договора свободны в его заключении;
- 3) стороны договора могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом;
- 4) стороны договора свободны в определении его условий.

²²⁰ Международное коммерческое право: учебник для магистров / Под ред. В.Ф. Попондопуло. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2013. – С. 103.

²²¹ Татаркина К.П. Указ, соч.; Климова А.Н. Принципы гражданского права: автореф. дис... канд. юр. наук. М., 1994. – С. 13; Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2003. – С. 37; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 153; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой // Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М.: Юрайт-Издат, 2003. – С. 29; Егорова М.А. Указ. соч.

Наиболее широко свободу договора понимает Л.А. Руднева, которая, помимо названных элементов, выделяет, в частности, свободу места и времени заключения договора, а также свободу его формы²²². Сходного мнения придерживается О.А. Кузнецова, которая считает, что свободу формы сделки следует понимать в качестве одного из элементов принципа свободы договора²²³. К.П. Татаркина, считая, что принцип свободы договора и свободы формы совершения сделок имеют разную сферу действия в российском праве, тем не менее также приходит к выводу о том, что действующий ГК РФ прямо фиксирует принцип свободной формы совершения сделки (п. 1 ст. 159, абз. 1 п. 1 ст. 434 ГК РФ)²²⁴.

Между тем, на наш взгляд, анализ российского законодательства позволяет заключить, что оно не предусматривает свободы формы для участников международного коммерческого договора для тех случаев, когда применимым оказывается право РФ. Закрепив в ст. 421 ГК РФ принцип свободы договора, законодатель не включил в его содержание свободу формы договора, а расширительное толкование закона в этой части, на наш взгляд, недопустимо.

В настоящее время правовое регулирование формы международных коммерческих договоров при подчинении ее российскому праву подлежит определению в силу ст. 161–164 ГК РФ. Так, согласно ст. 161 ГК РФ для сделок, совершаемых между юридическими лицами, сделок между юридическими лицами и гражданами, а также сделок между гражданами на сумму свыше 10 000 руб. предусмотрена простая письменная форма (за исключением сделок, требующих нотариального удостоверения). При этом сделки с недвижимостью в соответствии с российским правом подлежат государственной регистрации в соответствии со ст. 164 ГК РФ. Приведенные положения ГК РФ дают основания для вывода о том, что при подчинении формы международного коммерческого договора российскому праву он подлежит заключению в письменной форме (простой или нотариальной). Аналогичные нормы относительно простой и нотариальной форм сделок, а также требования государственной регистрации сделок содержат ст. 160–163 Модельного ГК СНГ, ст. 297–300 ГК Республики Армения, ст. 162–165 ГК Республики Беларусь, ст. 177 ГК Кыргызской Республики.

Помимо этого, в ГК РФ, равно как и в законодательстве других стран ЕАЭС, содержатся требования об обязательности письменной формы для ряда договоров, например таких, как договор продажи предприятия (ст. 560 ГК РФ), договор аренды зданий и сооружений (ст. 561 ГК РФ), кредитный договор (ст. 820 ГК РФ), договор доверительного управления имуществом (ст. 1017 ГК РФ), договор коммерческой концессии (ст. 1028 ГК РФ).

Между тем, в отличие от ГК РФ, правовое регулирование международных коммерческих договоров в отношении их формы в соответствии с правом других стран ЕАЭС подчиняется не общим правилам об устной и письменной формах сделок, а специальным правилам, регуливающим внешнеэкономические (международные коммерческие) сделки. Это обусловлено тем, что гражданские кодексы указанных стран были созданы в соответствии с Модельным гражданским кодексом СНГ, ст. 1116 которого содержит положения об обязательности письменной формы внешнеэкономической сделки. Так, например, в соответствии с п. 2 ст. 1104 ГК Республики Казахстан внешнеэкономическая сделка, хотя бы одним из участников которой является юридическое лицо Республики Казахстан или гражданин Республики Казахстан, совершается, независимо от места заключения, в письменной форме. Аналогичные положения содержит п. 2 ст. 1116 ГК Республики Беларусь, п. 2 ст. 1281 ГК Республики Армения, п. 2 ст. 1190 ГК Кыргызской Республики.

²²² Руднева Л.А. Вопросы совершенствования договорного регулирования: дис... канд. юр. наук. М., 2006. – С. 37.

²²³ Кузнецова О.А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы: дис... д-ра юрид. э наук. Екатеринбург, 2007. – С. 128.

²²⁴ Об этом: Татаркина К.П. Указ. соч.

В законодательстве РФ в течение длительного времени также существовала аналогичная норма об обязательности письменной формы внешнеторговой (внешнеэкономической) сделки. Так, в соответствии со ст. 565 ГК РСФСР форма внешнеторговых сделок, совершаемых советскими организациями, и порядок их подписания независимо от места их совершения определялись законодательством Союза ССР. П. 2 ст. 161 ГК РСФСР устанавливал положение, в соответствии с которым письменный договор мог заключаться как путем составления одного документа, так и путем обмена письмами, телеграммами, телефонограммами и т. п., подписанными стороной, которая их посылает. В п. 1 постановления Совета министров СССР «О порядке подписания внешнеторговых сделок» № 122 от 14 февраля 1978 г. содержалось положение, в соответствии с которым внешнеторговые сделки, заключаемые советскими организациями, правомочными совершать внешнеторговые операции, должны были подписываться двумя лицами. Право подписи таких сделок имели руководитель и заместители руководителя организации, руководители фирм, входящих в состав этой организации, а также лица, уполномоченные доверенностями, подписанными руководителем организации единолично, если уставом (положением) организации не предусматривалось иное²²⁵. Указанный документ утратил силу с даты введения в действие на территории РФ Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.

В соответствии с п. 1 ст. 165 Основ 1991 г. форма внешнеэкономических сделок, совершаемых советскими юридическими лицами и гражданами, независимо от места совершения этих сделок определялась законодательством Союза ССР. Особого порядка подписания их не было, однако они подлежали совершению в письменной форме. П. 2 ст. 58 Основ дополнил приведенный в п. 2 ст. 161 ГК РСФСР незакрытый перечень разновидностей формы письменной сделки телеграммами. В п. 2 ст. 30 Основ 1991 г. содержалось правило о том, что несоблюдение формы внешнеэкономических сделок влекло недействительность сделки. Указанная норма признавалась «сверхимперативной»²²⁶.

В ГК РФ правило об обязательности совершения внешнеэкономической сделки в письменной форме существовало до 1 сентября 2013 г. В соответствии с ранее действовавшим п. 2 ст. 1209 ГК РФ форма внешнеэкономической сделки, хотя бы одной из сторон которой являлось российское юридическое лицо (или индивидуальный предприниматель), личным законом которого являлось российское право, подчинялась независимо от места совершения этой сделки российскому праву. На этот счет п. 3 ст. 162 ГК РФ содержал указание о том, что несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет ее недействительность. В настоящее время указанные нормы о необходимости совершения внешнеэкономической (или международной коммерческой) сделки в письменной форме утратили силу, равно как исчез из закона сам термин «внешнеэкономическая сделка».

В связи с отсутствием в действующем гражданском законодательстве РФ требования об обязательности письменной формы внешнеэкономической (международной коммерческой) сделки, в литературе делается вывод о том, что в настоящее время подобные сделки с участием российских юридических и физических лиц могут заключаться в любой форме – как устной, так и письменной²²⁷.

Применительно к договору международной купли-продажи подобный вывод может быть сделан исходя из того, что ст. 11 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи 1980 г., в которой участвует РФ, предусмотрено правило, в соответствии с которым не требуется, чтобы договор купли-продажи заключался и подтверждался в письменной форме или подчинялся иному требованию в отношении формы. Он может доказываться любыми

²²⁵ Утратил силу. СП СССР. 1978. № 6.

²²⁶ Напр., Решение МКАС при ТПП РФ от 17 декабря 2007 г. по делу № 35/2007 // СПС «Консультант Плюс».

²²⁷ Ерпылева Н.Ю. Указ. соч. – С. 413.

средствами, включая свидетельские показания. При этом государство – участник Конвенции, законодательство которого требует обязательной письменной формы международного коммерческого контракта, в любое время может сделать соответствующее заявление (ст. 12).

При присоединении к Венской конвенции 1980 г. в свое время СССР (РФ) сделал оговорку в порядке ст. 12 и 96 Конвенции, в силу которых нормы о свободе формы сделки, следующие из ст. 11, 20 и ч. II Конвенции, не подлежат применению к договорам, в которых хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие в СССР (РФ). Помимо РФ подобные заявления сделали также Аргентина, Белоруссия, Венгрия, Китай, Латвия, Литва, Украина, Чили и Эстония.

В настоящее время, как справедливо отмечает А.В. Асосков, «отмена п. 3 ст. 162 ГК РФ автоматически не влечет отказа России от применения данной оговорки, поскольку для осуществления подобного отказа необходимо соблюсти формальную процедуру подачи соответствующего уведомления депозитарию Конвенции»²²⁸. Подобная формальная процедура, например, была соблюдена Эстонией и Китаем.

Вместе с тем в связи с нынешним отсутствием требования об обязательности письменной формы международной коммерческой сделки с участием российских лиц изменились (по сравнению с прежним законодательством) последствия несоблюдения письменной формы такой сделки. В отличие от правила, действовавшего ранее и предусматривавшего недействительность внешнеэкономической сделки в связи с несоблюдением письменной формы, в настоящее время несоблюдение простой письменной формы международного коммерческого договора по общему правилу не повлечет его недействительности, а лишит его стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, однако не лишит их права приводить письменные и другие доказательства (п. 1 ст. 162 ГК РФ). Однако, как было сказано выше, подобное правило о недействительности внешнеэкономической сделки, совершенной в обход закона не в письменной форме, продолжает действовать в других странах ЕАЭС, что необходимо учитывать участникам международных коммерческих отношений при заключении соответствующих договоров с коммерсантами из зарубежных стран ЕАЭС. Хотя, как было показано выше, подобная письменная форма по законодательству этих стран может включать и соответствующую ей электронную форму. В соответствии же с п. 2 ст. 162 ГК РФ лишь в случаях, прямо указанных в законе или в соглашении сторон, несоблюдение простой письменной формы международного коммерческого договора повлечет его недействительность.

Тем не менее, с учетом изложенного выше, при подчинении формы международного коммерческого договора российскому праву его заключение должно производиться в письменной форме или соответствующей ей электронной форме. Свободы формы международного коммерческого договора отечественный законодатель не предусматривает. Единственным проявлением свободы формы международного коммерческого договора при подчинении его российскому праву является возможность для его сторон «усиления» формы международного коммерческого договора по сравнению с тем, что предложено законодателем, в тех случаях, когда это допускается законом. Так, стороны международного коммерческого договора, подлежащего заключению в простой письменной форме, могут его облечь в нотариальную форму.

Несколько иное положение сложилось в законодательстве и доктрине ряда зарубежных стран, где свобода договора понимается более широко. Так, в англо-американском праве свобода договора помимо указанных выше элементов включает также право выбора формы договора и способа его заключения, право выбора способа исполнения договора, право свободно

²²⁸ Асосков А.В. Реформа раздела VI «Международное частное право» Гражданского кодекса РФ //Хозяйство и право. 2014. № 1 //СПС «Консультант Плюс»; Асосков А.В. Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров. —С. 216–218.

определить и указать размер ожидаемых убытков за нарушение договора, право ограничить предельный размер выплачиваемых убытков и т. п.²²⁹. В австрийском гражданском праве свобода формы договора также рассматривается в качестве составной части свободы договора²³⁰. В соответствии с ранее действовавшим югославским правом в принцип свободы договора была включена также свобода выбора способа и формы заключения договора, свобода изменения и прекращения договора²³¹. Свобода формы договора усматривается из нормы ст. 4 английского Закона о продаже товаров (*Sale of Goods Act*) 1979 г.²³².

Кроме того, комплексный анализ правового регулирования формы внешнеэкономических (международных коммерческих) договоров в зарубежных странах, проведенный Д.В. Курлычевым в диссертации, позволил ему прийти к выводу о том, что в положениях большинства современных иностранных законов также усматривается практически полный отказ от какого-либо требования к заключению соглашения в письменной форме²³³.

С приведенным мнением Д.В. Курлычева можно согласиться лишь отчасти. Дело в том, что в зарубежном законодательстве, равно как и в законодательстве ЕАЭС, предусмотрены случаи, когда письменная форма договора является обязательной. На это обращает внимание Е.А. Васильев, отмечая, что в зарубежных странах простая письменная форма необходима при совершении сделки:

а) на сумму свыше установленного в законе минимума, например во Франции для всех видов договоров на сумму свыше 5000 евро (ст. 134 ФГК); в США – свыше 500 долларов (ст. 2-201 ЕТК США), либо

б) на срок, превышающий установленный в законе минимум: договоров имущественного найма на срок более одного года (§ 566 ГГУ), либо

в) для договоров установленного вида независимо от суммы и срока: поручительство (§ 766 ГГУ), за исключением торговых сделок (§ 350 Германского торгового уложения (далее – ГГУ)²³⁴).

Приведенные примеры дают основания полагать, что свобода формы договора в законодательстве зарубежных стран не является абсолютной: она подлежит ограничению в соответствии с законом, хотя и является гораздо большей по сравнению с законодательством РФ, не говоря о других странах ЕАЭС.

В целом считая свободу формы договора элементом принципа свободы договора, полагаем, что со временем свобода формы договора могла бы получить отражение в российском законодательстве для всех сделок, заключаемых между коммерсантами, в том числе международных коммерческих договоров за исключением тех, для которых необходима обязательная нотариальная форма либо обязательная простая письменная форма, в том числе требующая обязательной государственной регистрации договора.

Между тем на этот счет высказывается и иное мнение. В этой связи М.А. Егорова, например, считает необходимостью закрепить совершение любых гражданско-правовых договоров, все стороны которых осуществляют предпринимательскую деятельность, в простой письменной форме. Такое установление законодателя, по ее мнению, позволило бы значительно сократить количество обращений участников торговой деятельности в судебные инстанции²³⁵.

²²⁹ Напр.: Осаке К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность, ограничения // Журнал российского права. 2006. № 7. – С. 86.

²³⁰ Татаркина К. П. Указ. соч.

²³¹ См.: Джурович Р. Руководство по заключению внешнеэкономических контрактов. М., 1992. – С. 14–15.

²³² Официальный сайт законодательства Великобритании // Режим доступа: URL: <http://legislation.gov.uk>.

²³³ Курлычев Д.В. Указ. соч. – С. 7.

²³⁴ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. – С. 536.

²³⁵

Несоблюдение требуемой формы международного коммерческого договора в соответствии с применимым правом может иметь различные правовые последствия. Так, например, несоблюдение нотариальной формы сделок в тех случаях, когда таковая обязательна, влечет ее ничтожность (п. 3 ст. 163 ГК РФ). В то же время несоблюдение простой письменной формы сделки в случаях, прямо указанных в законе или в соглашении сторон, влечет ее недействительность (например, несоблюдение письменной формы соглашения о неустойке влечет его недействительность в силу ст. 331 ГК РФ), в то время как в других случаях лишает сторону права в случае спора ссылаться на подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства (ст. 162 ГК РФ).

В целом аналогичное положение сложилось и в зарубежном праве, то есть в случаях, прямо указанных в законе, нарушение формы договора влечет его недействительность. Так, например, в силу § 125 ГГУ сделка, при совершении которой не была соблюдена форма, установленная законом, недействительна. Несоблюдение формы, определенной условиями самой сделки, если не доказано иное, также влечет за собой ее недействительность. Между тем, как отмечает Е.А. Васильев, в большинстве случаев нарушение требуемой законом простой письменной формы не влечет за собой недействительность договора, но законодатель, признавая сделку действительной, устанавливает определенные правила доказывания факта совершения сделки и ее содержания, запрещая ссылаться на свидетельские показания, что существенно осложняет положение лица, право которого нарушено. В то же время в отличие от российского права за рубежом это правило не применяется при доказывании совершения торговых сделок, а также факта существования договора, заключенного хотя и с нарушением формы, но уже полностью или частично исполненного одной стороной²³⁶.

В заключение данного параграфа необходимо рассмотреть вопрос, касающийся определения права, которому подчиняется международный коммерческий договор с точки зрения своей формы. С одной стороны, указанный вопрос может возникнуть у сторон международного коммерческого договора при определении его условий и выбора для него права. С другой стороны, при возникновении спора и обращении в суд (арбитраж) указанный вопрос будет поставлен правоприменительным органом при определении формальной действительности международного коммерческого договора и признания его заключенным.

В течение длительного времени форма гражданско-правовой сделки подчинялась в доктрине действию правила *locus regit actum*, в соответствии с которым форма сделки определялась по месту ее совершения. Указанная привязка просматривается еще в трудах постгlossаторов, в частности Бартола²³⁷. Лишь в XIX в. возникло и получило широкое распространение иное воззрение, в силу которого формуле *locus regit actum* следует придавать не абсолютное, а факультативное значение²³⁸.

В настоящее время привязка к месту заключения сделки для определения формального статута международного коммерческого договора в чистом виде используется в законодательстве лишь некоторых стран: см. ст. 9 Вводного закона Бразилии к ГК 1942 г., ст. 969 ГК Ирана 1936 г., ст. 13.1 ГК Кубы 1987 г., ст. 33 Ордонанса Мадагаскара № 62-041 1962 г., ст. 2399 ГК Уругвая 1941 г. и законодательство некоторых других стран, количество которых невелико²³⁹.

Между тем привязка к месту заключения сделки продолжает использоваться в международных соглашениях СНГ в качестве единственной коллизионной привязки для определения формального статута международного коммерческого договора. Так, указанная привязка содержится в п. «Г» ст. 11 Киевского соглашения СНГ 1992 г., ст. 39 Минской конвенции СНГ

²³⁶ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. —

²³⁷ Брун М.И. Очерки конфликтного права: конфликтное право постгlossаторов (XIII–XV вв.). Теория статутов (XVI–XVIII вв.). Изд. 2-е. М.: ЛЕНАНД, 2016. – С. 35.

²³⁸ Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: ООО «Книгодел», 2005. – С. 98.

²³⁹ Курлычев Д.В. Указ. соч. – С. 12–13.

1993 г., ст. 42 Кишиневской конвенции 2002 г.²⁴⁰, что не отвечает современным потребностям международного коммерческого оборота, на что неоднократно обращалось внимание в литературе²⁴¹.

Привязка к праву страны заключения договора для установления его формального статуса не всегда соответствует интересам сторон. Прежде всего проблема заключается в том, что указанное место может оказаться случайным по отношению к участникам международного коммерческого договора и не иметь к нему никакого отношения. Это происходит, например, в случаях, когда договор заключен на ярмарке или выставке. В ряде случаев достаточно трудно установить место заключения договора, в частности тогда, когда участники международного коммерческого договора находятся в разных странах и используют различные системы для определения момента и места заключения договора, то есть принадлежат к различным правовым системам. Кроме того, как справедливо отмечает А.В. Асосков, длительные переговоры между сторонами международного коммерческого договора, отсутствие необходимости так называемой «зеркальности» акцепта праву ряда зарубежных стран, а также неоднократное направление сторонами друг друга встречных оферт могут привести к сложности в определении того, волеизъявление какой из сторон является офертой, а какой – акцептом, что также затрудняет решение вопроса с определением места заключения договора²⁴².

В связи с этим полагаем, что привязка к праву страны заключения договора может использоваться в качестве альтернативной для повышения «валидационности» договора, но не должна использоваться в качестве единственной коллизионной привязки для определения права, регулирующего форму международного коммерческого договора. Указанные недостатки могли бы быть учтены законодателем ЕАЭС в ходе подготовки нового международного соглашения, посвященного определению права, применимого к международным коммерческим договорам.

В действующих двусторонних договорах о правовой помощи с участием РФ вопрос о праве, применимом к форме сделки, решается неоднозначно. В соответствии с одними международными договорами форма международного коммерческого договора подлежит регулированию в соответствии с правом страны места совершения сделки (например, ст. 20 Договора с Индией от 3 октября 2000 г.²⁴³, ст. 22 Договора с Монголией от 20 апреля 1999 г. и др.). В других международных соглашениях о правовой помощи форма сделки в отношении движимого имущества определяется по праву страны, применимому к самой сделке (ст. 30 Договора с Кубой от 17 декабря 2000 г., ст. 34 Договора с Вьетнамом от 25 августа 1998 г.²⁴⁴, ст. 34 Договора с Польшей от 16 сентября 1996 г., ст. 30 Договора с Болгарией от 19 февраля 1975 г., ст. 35/А Договора с Венгрией (изм. и доп. 19 октября 1971 г.) и др.). При этом для признания сделки действительной достаточно соблюдения требований законодательства страны, где была совершена сделка.

В Европейском союзе право, применимое к форме международного коммерческого договора, долгое время определялось в соответствии с нормами Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.²⁴⁵, на смену которой пришел Регламент ЕС №

²⁴⁰ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Кишинев, 7 октября 2002 г.). РФ не участвует // СПС «Консультант Плюс».

²⁴¹ Напр.: Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 446.

²⁴² Асосков А.В. Определение права, применимого к форме сделки // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 9 // СПС «Консультант Плюс».

²⁴³ Договор между РФ и Республикой Индией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и торговым делам от 3 октября 2000 г. // Бюллетень международных договоров. 2006. № 8.

²⁴⁴ Договор между РФ и Социалистической Республикой Вьетнам «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам» от 25 августа 1998 г. // СЗ РФ. 2012. № 42. Ст. 5682.

²⁴⁵ Текст на рус. в кн.: Вилкова Н.Г. Указ. соч. – С. 454–466.

593/2008 Европейского парламента и Европейского совета от 17 июня 2008 г.²⁴⁶. «Рим I». В Конвенции 1980 г. вопросам формальной действительности была посвящена ст. 9, в соответствии с которой в отношении договоров, заключенных между лицами, находящимися в одной стране, привязками для права, применимого к их форме, выступают *lex cause* и *lex loci actus*. Для договоров, заключенных между лицами, находящимися в различных странах, такими привязками могли выступать как *lex causae*, так и право одной из этих стран, а также право страны, в которой действует представитель, через которого был заключен договор.

В настоящее время коллизионные нормы, регулирующие форму договора с иностранным элементом в ЕС, включая международные коммерческие договоры, содержатся в ст. 11 «Формальная действительность» регламента «Рим I». Указанная статья содержит целую группу альтернативных коллизионных привязок для определения права, применимого к форме договора. В соответствии с ней договор, заключенный между сторонами, находящимися в одной стране, по форме должен удовлетворять праву, которое регулирует его существо, либо праву страны, где он был заключен. Для лиц, которые или представители которых находились в момент заключения договора в разных странах, договор является действительным по форме, если он отвечает *lex causae* либо праву страны, где в момент заключения находится любая из сторон или ее представитель, или правом страны, где в этот момент имела свое обычное место жительства любая из сторон. Отдельные привязки предусмотрены для определения формальной действительности договоров, имеющих предметом вещное право на недвижимое имущество или аренду недвижимого имущества: в отношении формы они подчиняются праву, где находится недвижимое имущество, если, согласно этому праву, а) данные правила подлежат соблюдению независимо от места заключения договора и независимо от того, какое право регулирует его по существу, и б) от данных правил не разрешается отступить посредством соглашения.

Таким образом, в соответствии с нормами регламента «Рим I» для договоров, стороны которых находятся в одной стране, привязками для формы международного коммерческого договора могут стать *lex causae* либо *lex loci actus*.

Для международных коммерческих договоров, стороны которых разделены территориально, в регламенте «Рим I» предусмотрены следующие коллизионные привязки: *lex causae*; право страны, где находится один из участников международного коммерческого договора, имея в виду прежде всего местонахождение его коммерческого предприятия; право страны, где находится представитель одной из сторон; право страны местонахождения недвижимого имущества. Таким образом, для определения формальной действительности договора между сторонами, находящимися в момент заключения в разных государствах, привязка к месту заключения сделки не используется.

Во многом схожие, но имеющие и отличия нормы содержит Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. В соответствии со ст. 13 указанной конвенции контракт, заключенный между лицами одного и того же государства, является действительным в отношении его формы, если он удовлетворяет требованиям либо права, регулирующего его в соответствии с конвенцией, либо права того государства, в соответствии с которым контракт является действительным, либо права места исполнения контракта. В отношении договоров, заключенных лицами, находящимися в момент его заключения в разных государствах, договор является действительным в отношении формы, если он удовлетворяет праву, регулирующему его по существу, либо права государства, в котором он заключен, либо права места исполнения контракта.

В Гагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, 1986 г. также предусмотрено несколько коллизионных привязок для определения права, применимого к форме договора. В соответствии со ст. 11 конвенции право, применимое к

²⁴⁶ СПС «Консультант Плюс».

форме договора, определяется либо по праву, регулирующему сделку, либо на основе права места заключения договора. Аналогичным образом формальная действительность международного коммерческого договора может определяться по праву, регулирующему договор, либо праву страны его заключения в соответствии со ст. 124

Федерального закона Швейцарии о международном частном праве 1987 г.

В законодательстве США также используется целый ряд коллизионных привязок для установления формы международного коммерческого договора. Так, в соответствии со ст. 3538 ГК Луизианы 1825 г. форма договора может определяться в соответствии:

- а) с правом штата (страны) его заключения;
- б) с правом штата его исполнения в той мере, в какой исполнение должно быть произведено в этом штате;
- в) с правом штата общего домицилия или места коммерческого обзаведения сторон;
- г) с правом, регулирующим существо договора²⁴⁷.

В соответствии с § 199 Второго свода конфликтного права США 1971 г. договор между лицами, находящимися в различных странах, будет поддержан судом с точки зрения его формы, если он соответствует требованиям обеих стран²⁴⁸. В соответствии со ст. 15.325 свода законов штата Орегон 2013 г. договор считается действительным по форме, если он соответствует:

- а) *lex causae*;
- б) праву страны, из которого сторона договора или ее представитель дали согласие на заключение договора²⁴⁹.

Таким образом, основной привязкой для определения формального статута международного коммерческого договора в зарубежном и международном праве является *lex causae*, которая дополняется различными коллизионными привязками, среди которых: право страны заключения договора; право страны, где находится одна из сторон договора; право страны исполнения договора; право страны, где находится представитель; право страны, в соответствии с которым договор является действительным; право обеих сторон договора, включая право их общего домицилия или места коммерческого обзаведения; право страны суда.

В целом альтернативное применение нескольких правопорядков для регулирования формы договора отражает получивший распространение в настоящее время принцип *favor negotii* («в пользу действительности сделки»), «направленный на применение того права, которое является более благоприятным для признания сделки действительной»²⁵⁰. Указанный принцип способствует повышению «валидтивности» международного коммерческого договора (его способности быть действительным) с точки зрения его формы.

В отечественном законодательстве длительное время содержалась норма, в соответствии с которой форма сделки подчинялась праву места ее совершения. Указанное положение было закреплено в п. 1 ст. 1216 Модельного ГК СНГ и остается в гражданском законодательстве зарубежных стран ЕАЭС (п.1 ст. 1281 ГК Республики Армения, п.1 ст. 1116 ГК Республики Беларусь, п.1 ст. 1104 ГК Республики Казахстан, п.1 ст. 1190 ГК Кыргызской Республики). При этом особым образом в указанных правовых актах определяется обязанность совершения в письменной форме внешнеэкономической сделки (п. 2 ст. 1216 Модельного ГК СНГ, п. 2 ст. 1104 ГК Республики Казахстан, п. 2 ст. 1190 ГК Кыргызской Республики, п. 2 ст. 1281 ГК Республики Армения, п. 1 и 2 ст. 1116 ГК Республики Беларусь). Кроме этого, в указанных

²⁴⁷ Официальный сайт НИУ «Высшая школа экономики» // Режим доступа: URL: <https://pravo.hse.ru/intprivlaw> (дата обращения: 24 декабря 2016 г.).

²⁴⁸ Restatement (Second) of Conflict of Laws with Revisions. Vol. 1 § 1-221. Philadelphia, 1971. – P. 636.

²⁴⁹ Официальный сайт НИУ «Высшая школа экономики» // Режим доступа: URL: <https://pravo.hse.ru/intprivlaw> (дата обращения: 24 декабря 2016 г.).

²⁵⁰ Курлычев Д. В. Указ. соч. – С. 7.

нормативных правовых актах имеется субсидиарная привязка для установления формального статута договора – к *lex fori*. Так, сделка, совершенная за границей, не могла быть признана вследствие несоблюдения формы, если были соблюдены требования права страны суда (ст. 1216 Модельного ГК СНГ и ГК зарубежных стран ЕАЭС).

Полагаем, что привязка к собственному праву, т. е. *lex fori*, также не всегда отражает интересы участников международного коммерческого оборота. Так, определяя в качестве правоприменительного органа суд ответчика, стороны международного коммерческого договора не могут иметь уверенности в том, право какого государства должно быть ими соблюдено с точки зрения его формы, поскольку не знают, кто из них выступит ответчиком в споре и возникнет ли спор, в котором добросовестные участники международного коммерческого оборота вряд ли заинтересованы.

В отечественном законодательстве в связи с принятием новой редакции разд. VI ГК РФ также произошли кардинальные изменения и отход от традиционной и долго использовавшейся основной привязки *lex loci actus*, дополняемой привязкой к российскому праву (*lex fori*), в пользу применения в качестве основной привязки *lex causae* (п.1 ст. 1209 ГК РФ). Указанное положение отечественного законодательства должно оцениваться положительно и могло бы быть воспринято законодателем ЕАЭС при подготовке международного соглашения, касающегося определения права, применимого к международным коммерческим договорам.

Вместе с тем вне зависимости от того, какая привязка лежит в основе определения права, применимого к форме международного коммерческого договора, исключением из этого правила является привязка для сделок в отношении недвижимого имущества, форма которых подчиняется праву страны места нахождения недвижимости (п. 4 ст. 1209 ГК РФ). Подобные нормы содержат также п. 3 ст. 1216 Модельного гражданского кодекса СНГ, п. 3 ст. 1281 ГК Республики Армения, п. 3 ст. 1116 ГК Республики Беларусь, п. 3 ст. 1204 ГК Республики Казахстан, п. 3 ст. 1190 ГК Кыргызской Республики.

Таким образом, отечественный законодатель в действующей редакции ГК РФ в качестве основной коллизионной привязки для определения формы международного коммерческого договора предусматривает *lex causae*, что в целом соответствует современным тенденциям развития коллизионного правового регулирования международных коммерческих договоров. Вместе с тем имеющая определенные достоинства и удобства для сторон привязка к *lex causae* также не лишена некоторых недостатков. Так, например, стороны международного коммерческого договора изначально могут избрать для регулирования своих отношений право одного государства, впоследствии изменив (притом неоднократно) свой выбор. При этом законодательные требования к форме международного коммерческого договора могут меняться в зависимости от того права, которому подчинились и переподчинились его стороны. Так, в одних случаях международный коммерческий договор может быть в соответствии с первым правом действительным по форме, а в соответствии со вторым – недействительным, а в других – наоборот. В этой связи справедливым выглядит мнение А. В. Асоскова, который, ссылаясь на нормы п. 3 ст. 1210 ГК РФ, ст. 3 (2) регламента «Рим I», считает, что «в результате последующего выбора применимого права ранее формально недействительный договор может превратиться в действительный, однако не может стать недействительным договор, который ранее таковым не являлся»²⁵¹. Однако, на наш взгляд, к этому приему следует прибегать после проверки действительности международного коммерческого договора в отношении формы на основании других коллизионных привязок, предложенных законодателем.

Не менее сложной проблемой определения формальной действительности международного коммерческого договора является случай осуществления его сторонами *depeçage*, в связи с чем возникает вопрос о том, право, регулирующее какую часть договора, следует признать

²⁵¹ Цит. по: Асосков А.В. Определение права, применимого к форме сделки.

lex causae. По мнению комментаторов Римской конвенции 1980 г., наиболее разумным выглядит применение права, регулирующего часть договора, наиболее тесно связанную со спорным условием, от которого зависит его формальная действительность²⁵². Несмотря на кажущуюся правильность данного решения, оно может создать правовую неопределенность и нестабильность формальной действительности договора, поскольку спорного условия может и не быть, а сторонам в момент заключения договора нужно определить, в соответствии с правом какой страны будет определяться форма заключаемого ими договора. Ситуация, при которой различные части договора должны быть приведены в соответствие по форме с правом нескольких государств, выглядит абсурдной и на практике может вызвать серьезные затруднения при его заключении. Возможно, наилучшим выходом в данной ситуации является отказ сторон от привязки *lex causae* подобного «расщепленного» договора в пользу иной коллизионной привязки. Такой привязкой могла бы стать отсылка к праву страны одного из контрагентов договора, которая в настоящее время отсутствует в отечественном законодательстве (за исключением отсылки к российскому праву).

Вместе с тем, несмотря на определенные недостатки, привязка к *lex causae* в целом соответствует интересам сторон международного коммерческого договора, в соответствии с которой и следует прежде всего определять право, регулирующее форму международного коммерческого договора. При этом помимо отсылки к месту заключения договора указанную привязку необходимо дополнить иными коллизионными привязками. Такой подход отражает в целом международные и зарубежные (западные) тенденции коллизионного правового регулирования международных коммерческих договоров, современное стремление к смягчению регулирования и увеличению числа ситуаций, в которых может быть сохранена действительность сделки²⁵³.

В этой связи в ГК РФ предлагается закрепить следующее правило. Форма сделки подчиняется *lex causae*. Однако сделка не может быть признана недействительной вследствие формы, если ее форма соответствует праву одного из участников сделки либо праву страны ее заключения. Аналогичную норму применительно к международным коммерческим договорам предлагается отразить в международной конвенции ЕАЭС о международных коммерческих договорах.

При заключении международного коммерческого договора может возникнуть вопрос не только о свободе выбора формы договора (ответ на него должен решаться в соответствии с применимым материальным правом), но и о возможности для сторон договора *избрать право, применимое к форме* заключаемого международного коммерческого договора. Как показывает анализ действующих международных и национальных правовых актов по МЧП, указанные нормативные правовые акты допускают такую возможность в ограниченном виде, предоставляя сторонам определенный выбор в рамках предложенных законодателем альтернативных коллизионных привязок, установленных для определения права, регулирующего форму договора, количество которых предлагается расширить.

²⁵² Там же.

²⁵³ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 268, 267.

§ 4. Особенности заключения международного коммерческого договора

Одна из особенностей заключения международного коммерческого договора состоит в том, что в отличие от внутренних гражданско-правовых договоров их заключение обычно предваряет проведение *переговоров*. Переговоры обусловлены практическими соображениями сторон, разделенных территориально и заинтересованных в получении большей информации об иностранном партнере и условиях заключаемого договора.

В ряде случаев переговоры о заключении международных коммерческих договоров могут вестись одной или обеими сторонами недобросовестно, то есть без намерения создать для себя правовые последствия в виде заключенного соглашения. Однако решение вопроса о недобросовестном ведении переговоров о заключении договора, как правило, остается за рамками специального международного и национального правового регулирования. Так, например, нет предписаний о недобросовестном ведении переговоров в Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и других международных соглашениях, ФГК, ГГУ, ЕТК США, законодательных актах зарубежных стран ЕАЭС.

Соответствующие нормативные положения, касающиеся недобросовестного ведения переговоров, имеются в источниках *lex mercatoria* (ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА 2010 г., ст. 11.-3:301 Модельных правил европейского частного права (далее – Модельные правила ЕЧП)²⁵⁴, ст. 2:301 Принципов европейского договорного права (далее – Принципы ЕДП)²⁵⁵ и ст. IV.7.1 Свода CENTRAL)²⁵⁶. В соответствии с ними стороны свободны в проведении переговоров и по общему правилу не несут ответственности за то, что соглашение не достигнуто, что в целом соответствует принципу свободы договора. Однако сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, является ответственной за потери, причиненные другой стороне. Недобросовестным, в частности, является вступление стороной в переговоры или их продолжение при отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной (ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА, ст. 11.-3:301 Модельных правил ЕЧП, ст. 2:301 Принципов ЕДП, ст. IV.7.1 Свода CENTRAL). Указанная норма воспринята отечественным законодателем (ст. 434.1 ГК РФ).

Определенным достижением отечественного законодателя является раскрытие в ст. 434.1 ГК РФ недобросовестных действий, отсутствующих в указанных выше международных нормативных актах, к которым относятся:

- а) заведомое отсутствие намерения достичь соглашения с другой стороной при вступлении в переговоры или их продолжении;
- б) предоставление стороне неполной информации, которая должна была быть доведена до сведения другой стороны;
- в) внезапное и неоправданное прекращение переговоров, неожиданное для другой стороны.

Вместе с тем и Принципы УНИДРУА, и Модельные правила ЕЧП, и Принципы ЕДП, и Свод CENTRAL, и ГК РФ устанавливают правило, в соответствии с которым сторона, которая

²⁵⁴ Модельные правила европейского частного права/Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013//СПС «Консультант Плюс».

²⁵⁵ The Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II and III) // Режим доступа: URL: www.lexmercatoria.org (дата обращения: 16 ноября 2016 г.).

²⁵⁶ Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria* CENTRAL // Режим доступа: URL: <http://www.central.uni-koeln.de/index.php> (дата обращения: 29 декабря 2016 г.).

ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, обязана возместить другой стороне причиненные убытки.

Одним из наиболее важных вопросов, возникающих вследствие ведения переговоров, является сохранение *конфиденциальной информации*, передаваемой в ходе переговоров, которой одна из сторон может впоследствии воспользоваться. Нарушение указанной обязанности составляет одно из нарушений требований добросовестности при проведении переговоров. Требование о сохранении информации содержится в ст. 2.1.16 Принципов УНИДРУА 2010 г., ст. 11.-3:302 Модельных правил ЕЧП 2009 г., ст. 2:302 Принципов ЕДП и п. 4 ст. 434.1 ГК РФ.

Недостатком большинства приведенных нормативных актов является то, что устанавливаемая обязанность стороны, которой стала известна конфиденциальная информация от другой стороны, они не раскрывают содержания понятия «конфиденциальная информация». Исключением являются Модельные правила ЕЧП, в ст. 11.-3:302 которых под ней понимается информация, о конфиденциальном характере которой получающая ее сторона знает или может разумно предполагаться знающей исходя из характера информации либо обстоятельств, при которых она получена. Общей мерой гражданско-правовой ответственности за раскрытие конфиденциальной информации является возмещение убытков (п. 4 ст. 434.1 ГК РФ) или «компенсация, основанная на выгоде, полученной другой стороной» (ст. 2.1.16 Принципов УНИДРУА 2010 г., ст. 2:302 Принципов ЕДП, п. (4) ст. 11.-3:302 Модельных правил ЕЧП). Кроме того, п. (3) ст. 11.-3:302 Модельных правил ЕЧП содержит норму, согласно которой сторона, которая разумно предвидит нарушение указанной обязанности, может получить судебный запрет, предотвращающий указанное нарушение.

Развивая приведенные положения, отечественный законодатель в ст. 434.1 ГК РФ предлагает сторонам заключить соглашение о порядке ведения переговоров, которое может конкретизировать требования по добросовестному ведению переговоров, устанавливать порядок распределения расходов на ведение переговоров и иные подобные права и обязанности, а также устанавливать неустойку за нарушение предусмотренных в нем положений. Подобные правила отсутствуют в приведенных международных нормативных актах, а также законодательстве других стран ЕАЭС.

Итогом добросовестных переговоров между сторонами является *заключение договора*. Различают два способа заключения гражданско-правовых договоров, в том числе договоров международного коммерческого характера: между присутствующими и между отсутствующими²⁵⁷. Как писал М.И. Брагинский, «при том и другом варианте стадии предложения (оферты) и ее принятия (акцепта) следуют одна за другой и никогда не совмещаются»²⁵⁸. Однако если при заключении договора между отсутствующими в принципе можно установить, от кого исходила оферта, а от кого – акцепт (хотя и не всегда), при заключении договора между присутствующими, когда выработка его условий происходит совместно, сделать это бывает весьма непросто.

В международных соглашениях вопросы заключения международных коммерческих договоров практически не затрагиваются. Исключением является Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., содержащая в части II одиннадцать статей, посвященных заключению договора международной купли-продажи товаров при помощи оферты и акцепта.

В национальном законодательстве процедура заключения договора урегулирована с различной степенью подробности. Например, § 145–157 ГГУ содержит достаточно подробные правила заключения договора, отдельные нормы о заключении договора имеются и в ГТУ.

²⁵⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 193; Сеитова С.А. Правовое регулирование внешнеэкономических сделок в странах ЕврАзЭС: дис... канд. юр. наук. М., 2008. – С. 69; Канашевский В. А. Международные сделки: правовое регулирование. – С. 56.

²⁵⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 193.

Французский ГК не содержит норм о заключении договора, соответствующие правила выработаны судебной практикой и доктриной. Аналогичным образом в Англии и США порядок заключения договора урегулирован судебной практикой, хотя отдельные правила содержат с. 2–204 – 2-207 ЕТК США.

В Модельном ГК СНГ также содержатся положения о заключении договора, которые восприняты гражданским законодательством стран ЕАЭС. В соответствии с п. 1 ст. 427 указанного документа договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Аналогичное положение содержит п. 1 ст. 432 ГК РФ, а также гражданские кодексы других стран ЕАЭС (п. 1 ст. 448 ГК Республики Армения, п. 1 ст. 402 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 393 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 393 ГК Кыргызской Республики).

Принципы УНИДРУА 2010 г., Принципы ЕДП, Модельные правила ЕЧП 2009 г. также содержат положения о заключении договора. Так, в силу ст. 11.-4:101 Модельных правил ЕЧП для того, чтобы договор считался заключенным, достаточно, если стороны:

а) намерены создать связывающее их правоотношение или вызвать иные юридические последствия;

б) достигли достаточного для этого соглашения.

Аналогичные нормы предусматривают Принципы ЕДП(ст. 2:101).

В соответствии с Принципами УНИДРУА 2010 г. договор может быть заключен путем акцепта оферты либо в результате поведения сторон, достаточно свидетельствующего о соглашении (ст. 2.1.1), которое имеет место, в частности когда стороны непосредственно присутствуют при заключении международного коммерческого договора и бывает сложно определить, от какой стороны исходит оферта, а от какой – акцепт.

Основными этапами заключения международного коммерческого договора выступают, как правило, оферта и акцепт. М.А. Егорова в качестве третьего этапа называет «восприятие акцепта стороной, направившей оферту»²⁵⁹, которое в романогерманских странах означает вступление договора в силу.

Традиционным определением оферты в соответствии с национальным законодательством является то, что ею признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определено и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Оферта должна содержать существенные условия договора (п.1 ст. 435 ГК РФ). Аналогичные положения содержат Модельный ГК СНГ, а также законодательство других стран ЕАЭС.

При заключении договора зарубежное и отечественное право исходят из посыла, что для того, чтобы предложение о заключении международного коммерческого договора, исходящее от одной из его потенциальных сторон, могло быть квалифицировано в качестве оферты, оно должно соответствовать двум условиям:

1) быть полным и ясным, содержать существенные условия договора;

2) быть сделано с намерением заключить договор, то есть с желанием принять на себя правовые обязательства и приобрести определенные права²⁶⁰.

Однако право различных государств неодинаково определяет условия, являющиеся существенными для того или иного вида договоров, в том числе и международных коммерческих договоров. Так, если по праву романо-германской правовой семьи существенными, или необходимыми, условиями коммерческих договоров являются предмет, срок (поставки) и цена, то в странах англо-американской правовой семьи для заключения договора достаточно согласования предмета. В отношении цены действует правило, что если она не согласована сто-

²⁵⁹ Егорова М.А. Указ. соч.

²⁶⁰ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. – С. 504.

ронами, покупатель считается обязанным уплатить разумную цену²⁶¹. А, например, в соответствии со ст. 455 и 506 ГК РФ существенными условиями договора поставки являются наименование и количество товара, а также срок поставки. Такие условия, как цена и качество товара, по общему правилу в силу закона не являются существенными.

Согласно п.1 ст. 14 Венской конвенции 1980 г. офертой является предложение о заключении договора, адресованное одному или нескольким конкретным лицам, если в нем:

а) прямо обозначен товар и прямо или косвенно устанавливаются количество и цена либо предусматривается порядок их определения;

б) выражено намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта.

Однако в соответствии с нормами ст. 55 Конвенции 1980 г. предложение и без прямого или косвенного указания цены также будет считаться офертой.

Определение оферты содержится в документах *lex mercatoria* (ст. 11.-4:102 Модельных правил ЕЧП, ст. 2:103 Принципов ЕДП, ст. 2.1.2 Принципов УНИДРУА 2010 г.). В соответствии со ст. 2.1.2 Принципов УНИДРУА 2010 г. предложение о заключении договора является офертой, если оно достаточно определено и выражает намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта. В рассматриваемом документе, равно как и в Модельных правилах ЕЧП и Принципах ЕДП, отсутствует указание на то, что оферта должна непременно содержать все существенные условия договора, важно, чтобы она была достаточно определенной и выражала намерение оферента быть связанным в случае акцепта.

В комментариях к Принципам УНИДРУА 2010 г. обращается внимание на то, что условия будущего соглашения должны быть указаны с достаточной определенностью уже в самой оферте. Однако «даже такие существенные условия, как точное описание поставляемых товаров или оказываемых услуг, их цена, место и срок исполнения и т. п., могут быть оставлены неопределенными в оферте, не делая ее тем самым обязательно недостаточно определенной: все зависит от того, намерены ли оферент, делая оферту, и адресат оферты, акцептуя ее, вступить в связующее их соглашение, а также могут ли отсутствующие условия быть определены путем толкования текста соглашения в соответствии со ст. 4.8 “Восполнение опущенного условия” и 5.1.2 “Подразумеваемые обязательства”»²⁶².

Кроме того, стороны могут заключить договор с умышленно открытыми условиями, предусмотренный ст. 2.1.14 Принципов УНИДРУА 2010 г.

Таким образом, на сегодняшний день включение в оферту всех существенных условий будущего договора в соответствии с Принципами УНИДРУА 2010 г., равно как и в соответствии с Модельными правилами ЕЧП, уже не является обязательным. Более того, согласно комментариям к Принципам, в договоре могут быть не согласованы даже условия, касающиеся его предмета, что, на наш взгляд, является недостатком документов, поскольку представляется, что оферта должна содержать как минимум условие о предмете договора, без определения которого, на наш взгляд, нельзя вести речь о его заключении. В этой связи вряд ли можно признать удачным положение о том, что условие о предмете договора можно опустить, впоследствии исполнить либо оставить умышленно открытым.

Более конкретными на этот счет являются положения Свода CENTRAL, в соответствии со ст. IV.2.1 которого для заключения договорного соглашения требуется, чтобы стороны имели намерение юридически связать себя договорными обязательствами и чтобы они в достаточной мере определили условия договора в отношении сторон и предмета.

Анализ Модельных правил ЕЧП, Принципов ЕДП и Принципов УНИДРУА позволяет заключить, что в них, равно как и в Конвенции 1980 г., используется термин «достаточная определенность оферты», однако в отличие от Конвенции 1980 г. смысл первых трех докумен-

²⁶¹ Ерпылева Н.Ю. Указ. соч. – С. 416.

²⁶² Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. – С. 36.

тов позволяет оставить несогласованными существенные условия заключаемого международного коммерческого договора, прежде всего условие о его предмете, что представляется в корне неправильным, ведь традиционно недостижение сторонами соглашения о предмете договора влекло его незаключенность.

Таким образом, в настоящее время международное коммерческое право движется уже скорее от «достаточной определенности» оферты в сторону ее «определимости», предполагающей, что условия договора, не определенные в оферте, могут быть впоследствии согласованы сторонами. На первый план теперь выдвигается намерение сторон быть связанным договором об условиях, о которых они потом могут договориться, что во многом размывает различие между офертой как предложением, содержащим существенные условия договора, и рекламой. В этой связи наиболее правильной с юридической точки зрения является определение оферты, содержащееся в Своде CENTRAL, позволяющее говорить о заключении договора в том случае, когда определен предмет соглашения и его стороны.

Таким образом, особенностью заключения международных коммерческих договоров в соответствии с документами *lex mercatoria* является отсутствие необходимости согласовывать существенные условия договора, как того требует национальный законодатель. Вместе с тем полагаем, что для заключения договора оферта должна быть достаточно определенной, в связи с чем видится достаточным согласование условия о предмете заключаемого договора.

Разновидностью оферты выступает *публичная оферта*, известная праву многих стран, в том числе РФ. В соответствии с п. 2 ст. 437 ГК РФ содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичной офертой). Нормы о публичной оферте содержатся в гражданском законодательстве других стран ЕАЭС, а также предусмотрены судебной практикой таких стран, как Германия, Франция, Нидерланды, Англия, США и др.²⁶³.

В соответствии с п. 2 ст. 14 Венской конвенции 1980 г. предложение, адресованное неопределенному кругу лиц, рассматривается лишь как приглашение делать оферты, если только иное прямо не указано лицом, сделавшим такое предложение. Указанное положение позволяет некоторым авторам прийти к выводу о том, что Конвенцией допускаются публичные оферты (адресованные неопределенному кругу лиц), если о таком характере оферты прямо заявлено оферентом²⁶⁴.

Однако в литературе высказывается и иное мнение. Так, М.А. Егорова считает, что к коммерческим договорам неприменима публичная оферта. По ее мнению, «отказ в признании коммерческих договоров в качестве публичных договоров закономерно требует признания невозможным использования публичной оферты в коммерческой деятельности»²⁶⁵.

Более близкой нам видится позиция А.И. Савельева, который полагает, что «далеко не всякий договор, заключаемый посредством публичной оферты, можно признать публичным договором»²⁶⁶. М.И. Брагинский также не исключал возможности существования ситуаций, при которых правила о публичном договоре не действуют, а «все же предложение с неоднократным действием, “брошенное в толпу”, признается публичной офертой»²⁶⁷.

Учитывая то, что Конвенция 1980 г. использует механизм заключения договора путем направления оферты неопределенному кругу лиц, подобные предложения также могут рассматриваться в качестве публичных оферт. При этом речь, очевидно, должна идти не о заклю-

²⁶³ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. —

²⁶⁴ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 283.

²⁶⁵ Егорова М.А. Указ. соч.

²⁶⁶ Савельев А.И. Применение судами норм Гражданского кодекса РФ о публичных договорах // Вестник гражданского права. 2009. № 4 // СПС «Консультант Плюс».

²⁶⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 199.

чении публичных договоров, стороной которых всегда выступает потребитель, а скорее о заключении договоров присоединения, вырабатываемых одной из сторон и направляемых ею неопределенному кругу лиц с намерением связать себя с любым, кто отзовется. Нормы о публичной оферте содержат также ст. 2:201 Принципов ЕДП и ст. 11.-4:201 Модельных правил ЕЧП, которые не ограничивают применение указанных статей исключительно к договорам с участием потребителей.

Для заключения договора одного факта составления оферты является недостаточным. Необходим также ее акцепт, а в романо-германских странах получение акцепта оферентом.

По своему содержанию акцепт не должен отличаться от оферты, он должен быть «полным и безоговорочным» (п. 1 ст. 438 ГК РФ, п. 1 ст. 433 Модельного ГК СНГ, п. 1 ст. 454 ГК Республики Армения, п. 1 ст. 408 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 396 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 399 ГК Кыргызской Республики). В то же время в международных нормативных актах содержится правило, в соответствии с которым акцепт представляет собой заявление или поведение адресата оферты, выраженное в любой форме, если оно означает согласие с офертой (п. 1:204 Принципов ЕДП, п. 1 ст. 11.-4:204 Модельных правил ЕЧП, п. 1 ст. 2.1.6 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. 19 Венской конвенции 1980 г.).

Молчание или бездействие сами по себе не являются акцептом (п. 1 ст. 18 Конвенции 1980 г., п. 2 ст. 2:204 Принципов ЕДП, п. 2 ст. 11.-4:204 Модельных правил ЕЧП, п. 1 ст. 2.1.6 Принципов УНИДРУА). Молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, соглашения сторон, обычая или из прежних деловых отношений сторон (п. 2 ст. 438 ГК РФ, п. 2 ст. 454 ГК Республики Армения, п. 2 ст. 396 ГК Республики Казахстан, п. 2 ст. 399 ГК Кыргызской Республики). Молчание не является акцептом, если иное не вытекает из законодательства или соглашения сторон (п. 2 ст. 408 ГК Республики Беларусь).

В тех случаях, когда акцепт содержит дополнения к оферте, такой акцепт признается встречной офертой (§ 150 ГГУ). Ответ о согласии заключить договор на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом, а признается отказом от оферты и в то же время новой офертой (ст. 438 Модельного ГК СНГ, ст. 443 ГК РФ, ст. 459 ГК Республики Армения, ст. 413 ГК Республики Беларусь, ст. 404 ГК Кыргызской Республики); ГК Республики Казахстан соответствующих положений не содержит.

Вместе с тем в зарубежном законодательстве существует и иной подход к решению данного вопроса. Так, согласно ст. 2-207 ЕТК США дополнительные условия, содержащиеся в акцепте, толкуются как предложения, дополняющие договор, и становятся частью договора между коммерсантами за исключением случаев, когда:

- а) оферта содержит специальное указание, что акцепт может быть только на условиях, изложенных в оферте;
- б) дополнительные условия акцепта существенно меняют оферту;
- в) в разумный срок после получения акцепта с дополнительными условиями оферент сообщил акцептанту о своих возражениях.

Венская конвенция 1980 г. предусматривает, что ответ на оферту, который имеет целью служить акцептом, но содержит дополнения, ограничения или иные изменения, является отклонением от оферты и представляет собой встречную оферту. Однако п. 2 ст. 19 Конвенции 1980 г. устанавливает, что ответ на оферту, который имеет целью служить акцептом, но содержит дополнительные или отличные условия, не меняющие существенно условий оферты, является акцептом, если только оферент без неоправданной задержки не возразит устно против этих расхождений или не направит уведомления об этом. Если он этого не сделает, то условиями контракта будут являться условия оферты с изменениями, содержащимися в акцепте. Аналогичные правила содержит ст. 2.1.11 Принципов УНИДРУА 2010 г.

Как отмечает Н.Ю. Ерпылева, даже если содержащиеся в ответе дополнительные или отличные условия не меняют существенно условий оферты, за оферентом сохраняется право

по причине таких расхождений не рассматривать подобный ответ в качестве акцепта, приводящего к заключению контракта. С другой стороны, отклонение акцепта от условий оферты по п. 2 ст. 19 Конвенции 1980 г. происходит не автоматически, а требует определенных действий со стороны оферента, который должен для этого «без неоправданной задержки» заявить свои возражения. В случае возражений со стороны оферента, пишет Н.Ю. Ерпылева, нельзя считать, что ответ другой стороны является акцептом, а следует признать, что он является отклонением оферты и представляет собой встречную оферту²⁶⁸.

Нормы об акцепте на иных условиях содержат ст. 2:208 Принципов ЕДП, ст. 11.-4:208 Модельных правил ЕЧП, ст. IV.2.5 Свода CENTRAL. В них, как и в Принципах УНИДРУА и Конвенции 1980 г., содержится положение о том, что ответ адресата оферты, который устанавливает или подразумевает дополнительные или отличные от предложенный в оферте условия, которые существенным образом меняют условия оферты, считаются отклонением оферты и новой офертой.

В отличие от остальных рассматриваемых документов, Венская конвенция 1980 г. и Свод CENTRAL содержат перечни дополнительных или отличных условий, содержащихся в ответе на оферту, наличие которых в нем дает основания рассматривать его в качестве новой оферты. В соответствии с п. 3 ст. 19 Венской конвенции к таким условиям отнесены среди прочего цена, платеж, качество и количество товара, место и срок поставки, объем ответственности одной из сторон перед другой или разрешение споров. Аналогичную норму содержит ст. IV.2.5 Свода CENTRAL.

Одной из проблем заключения международных коммерческих договоров, обуславливающих особенности его заключения, является различное понимание *момента* и места заключения подобных договоров в соответствии с правом различных правовых систем.

Момент вступления акцепта в силу предопределяет момент заключения международного коммерческого договора. В странах англо-американской правовой семьи момент заключения договора связывается с моментом отправления акцепта акцептантом²⁶⁹. В странах романо-германской правовой семьи момент заключения договора связывается с получением акцепта оферентом. Последний подход воспринят отечественным законодателем в п. 1 ст. 433 ГК РФ, законодателем других стран ЕАЭС, ст. 23 Конвенции 1980 г., ст. 11.-4:205 Модельных правил ЕЧП, ст. 2:205 Принципов ЕДП. Таким образом, Венская конвенция 1980 г., законодательство стран ЕАЭС, равно как и рассматриваемые источники *lex mercatoria*, исходят из континентальной модели заключения договора, момент заключения которого связывается с моментом получения оферентом акцепта.

Помимо особенностей, связанных с преддоговорными отношениями и моментом заключения договора, понимаемыми по-разному в праве государств, принадлежащих различным правовым системам, можно выделить и другие особенности их заключения. В общем виде применительно к коммерческим договорам в целом такие особенности были обозначены М.А. Егоровой и, по ее мнению, состоят в следующем: неприменимость к ним публичной оферты; возможность конклюдентного акцепта действием; использование при заключении коммерческих договоров конструкции предварительного договора; использование генеральных (рамочных) соглашений; заключение коммерческих договоров путем проведения торгов; использование при заключении коммерческих договоров различных протоколов (протоколов о намерениях, протоколов разногласий); принятие мер по согласованию соответствующих условий договора; заключение торговых договоров с использованием сети «Интернет»; использование конструкции опциона²⁷⁰.

²⁶⁸ Ерпылева Н.Ю. Понятие, форма и порядок заключения международных коммерческих договоров. – С. 14.

²⁶⁹ Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 56.

²⁷⁰ Егорова М.А. Указ. соч.

В связи с соображениями, изложенными выше, полагаем, что при заключении международных коммерческих договоров возможно использование публичной оферты. Данная позиция основана на том, что публичная оферта не обязательно связана с публичным договором, а может относиться и к договору присоединения. Использование модели договора присоединения может выступать одной из особенностей заключения международных коммерческих договоров.

Договор присоединения выступает одной из специальных конструкций гражданско-правовых договоров в целом и международных коммерческих договоров в частности. Указанный договор отличается от взаимосогласованного договора по способу согласования его условий. В отличие от взаимосогласованного договора, в обсуждении условий которого принимают участие все его стороны, договор присоединения предполагает, что его условия в одностороннем порядке разрабатываются одной из сторон договора. Договоры присоединения, заключаемые на стандартных условиях, разработанных одной из сторон, широко известны праву зарубежных стран²⁷¹. Такие договоры могут быть потребительскими, однако их количество велико в сфере международного коммерческого оборота; по таким договорам более сильные контрагенты предлагают более слабым участникам международного коммерческого оборота без обсуждения принять их «стандартные» условия на условиях их публичного размещения.

В литературе отмечается, что само возникновение договоров присоединения связано с рационализацией права²⁷². Основным преимуществом договоров присоединения является именно быстрота их заключения, поскольку не требуется согласовывать условия договора с каждым контрагентом в отдельности²⁷³.

Между тем в литературе высказывается необходимость определенного контроля договоров присоединения со стороны государства. Как отмечает Ю.М. Мамченко, контроль над стандартными условиями договоров необходим для того, чтобы «не допустить ущемления интересов присоединяющейся стороны и предотвратить включение в договор несправедливых условий при их одностороннем формулировании... Норма договора присоединения должна давать присоединяющейся стороне право повлиять на явно обременительные условия, содержащиеся в договоре»²⁷⁴.

В сфере международного коммерческого оборота разработка типовых, стандартных условий договора является прерогативой крупных коммерческих организаций, которые в одностороннем порядке не только определяют содержание предлагаемого для заключения международного коммерческого договора, но и указывают применимое к нему право для вопросов, в нем не урегулированных. В результате складывается ситуация, когда подлежащее применению к международному коммерческому договору право не выбирается сторонами, а навязывается одной из его сторон, что, в свою очередь, приводит к ограничению автономии воли другой стороны.

В этой связи внутреннее законодательство зарубежных стран выработало механизмы, способные ограничить свободу крупных фирм в определении содержания таких договоров. Так, в Швеции действует закон, запрещающий недобросовестные договорные условия (1971 г., с последующими изменениями). В Англии подобного рода положения включены в Закон о справедливой торговле 1973 г. и в Закон о несправедливых договорных условиях 1977 г. В США был принят Закон о простых договорных условиях (Закон Магнусона – Мосса) 1975 г.²⁷⁵.

²⁷¹ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. – С. 497.

²⁷² Шапп Я. Основы гражданского права Германии. М., 1996. – С. 235.

²⁷³ Мечетин Д.В. Квалифицирующие признаки договора присоединения // Юрист. 2014. № 21 // СПС «Консультант Плюс».

²⁷⁴ Мамченко Ю.М. О необходимости переосмысления цели института договора присоединения // Вестник гражданского права. 2013. № 5 // СПС «Консультант Плюс».

²⁷⁵ Подробнее: Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада. М., 1992. – С. 81.

В Германии действует Закон об общих условиях сделок 1977 г., положения которого вошли в § 305–310 ГГУ²⁷⁶. Для того, чтобы договор подчинялся общим условиям сделок, необходимо, чтобы его условия были заранее сформулированными для неопределенного числа договоров и предлагаемыми в письменной форме одной стороной договора (инициатором) другой при его заключении (§ 305). Однако если какие-либо условия договора были индивидуально согласованы сторонами, они имеют приоритет перед аналогичными общими условиями, содержащимися в формулярах (§ 305b). Тем самым, германский законодатель не говорит о собственно договорах присоединения, а ведет речь о стандартных условиях договора, предлагаемых без обсуждения другой стороне. Однако договор наряду со стандартными условиями может включать и индивидуально согласованные условия.

Несмотря на действующий в германском праве принцип свободы договора, положения ГГУ об общих условиях сделок устанавливают ряд ограничений, которые касаются включения в договор определенных условий. Такие условия, если они включены в договор, в силу закона являются недействительными и не имеют юридической силы (§ 308, 309 ГГУ). Отдельный интерес представляет норма п. 9 § 309 ГГУ, которая содержит три положения о недействительности условий договоров, предметом которых выступает в том числе регулярное выполнение работ или оказание услуг. Так, например, недействительным является общее условие договора, предложенное одной стороной в формуляре, которое предусматривает срок договора, связывающий другую сторону свыше двух лет (подп. а п. 9 § 309).

Кроме того, § 305с ГГУ содержит положения о «неожиданных и неоднозначных условиях», которые не признаются частью договора, если с учетом обстоятельств, в частности внешнего оформления договора, являются настолько необычными, что контрагент их инициатора не рассчитывал на их присутствие в договоре. При этом в соответствии с п. 2 § 305 ГГУ все сомнения, возникающие при толковании общих условий, толкуются в пользу контрагента инициатора. Указанное положение корреспондирует с правилом *contra proferentem* Принципов УНИДРУА, согласно которому в случаях, когда условия договора, выдвинутые одной стороной, являются неясными, предпочтение отдается толкованию, которое противоположно интересам этой стороны (ст. 4.6).

Нормы о стандартных условиях договора содержатся в ст. 11.-1:109 Модельных правил ЕЧП: в соответствии с ней под ними понимаются условия, которые были разработаны предварительно для сделок, совершаемых различными участниками, и которые не были специально согласованы участниками. Условия, не согласованные специально, согласно ст. 11.-1:110 Модельных правил ЕЧП, – это условия, предложенные одной стороной, если другая сторона не могла повлиять на их содержание, в частности вследствие того, что они были разработаны предварительно, независимо от того, являлись ли они частью стандартных условий. Таким образом, в указанном документе содержится общее понятие условий, не согласованных сторонами специально, в рамках которых выделяются стандартные условия. Подобные нормы имеются в ст. 2:209 Принципов ЕДП.

Положения о стандартных условиях договоров включены в ст. 2.1.19—2.1.22 Принципов УНИДРУА 2010 г. Согласно п. 2 ст. 2.1.19, стандартными условиями являются положения, подготовленные одной стороной предварительно для общего и неоднократного использования и применяемые фактически без переговоров с другой стороной. Как отмечают комментаторы Принципов, решающим для отнесения условий к стандартным является не то, как они представлены по форме (например, содержатся ли они в отдельном документе или в самом договоре, напечатаны ли они типографским способом или хранятся только в памяти компьютера

²⁷⁶ Гражданское уложение Германии: введ. закон к Гражд. уложению. – С. 62–70; об этом, в частности: Бергман В. «О реформе обязательственного права Германии» // Вестник ВАС РФ. 2003. № 6–8; Зенин И. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие. М.: Высшее образование, 2008.-С. 96-101.

и т. п.), а также не то, кем они подготовлены (самой стороной, предпринимательской или профессиональной организацией и т. п.), и не их объем (включают ли они полный набор условий, покрывающих почти все существенные аспекты договора, или только одно или два условия, относящиеся, например, к исключению ответственности и арбитражу). Решающим является тот факт, что они разработаны предварительно для общего и повторяемого использования и что они фактически используются в данном случае одной стороной без переговоров с другой стороной. Последнее требование относится только к стандартным условиям как таковым, которые другая сторона должна акцептовать в целом, в то время как другие условия этого же договора вполне могут быть предметом переговоров между сторонами.

Положение о неожиданных условиях включено в ст. 2.1.20 Принципов УНИДРУА 2010 г. Главная мысль разработчиков Принципов состояла в том, чтобы обозначить, что неожиданное условие, включенное в число стандартных условий, недействительно. Таким образом, несмотря на акцепт стандартных условий в целом, присоединившаяся сторона не связана теми условиями, которые по своему содержанию, формулированию или способу выражения имеют такой характер, что другая сторона не могла бы разумно их ожидать. Причина этого исключения состоит в желании не дать стороне, использующей стандартные условия, возможность воспользоваться неоправданными преимуществами своего положения и попытаться незаметно навязать другой стороне условия, которые она вряд ли акцептовала бы, если бы знала о них²⁷⁷

²⁷⁷ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. – С. 68–69.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.