

*Салдугей Мария Сергеевна
студентка 4 курса бакалавриата
Факультет права
Научный Исследовательский Университет «Высшая Школа
Экономики»,
Россия, г. Москва
e-mail: msaldugey27@gmail.com*

ПРАКТИЧЕСКАЯ ПРОБЛЕМАТИКА ПОДРАЗУМЕВАЕМОГО СОГЛАШЕНИЯ О ПРИМЕНИМОМ ПРАВЕ

***Аннотация:** Подразумеваемое соглашение о применимом праве является одним из самых спорных и сложных для правового регулирования институтов международного частного права. В рамках настоящей статьи будут последовательно рассмотрены наиболее значимые практические проблемы, связанные с феноменом подразумеваемого соглашения сторон о выборе применимого права, а именно: возможность заключения такого соглашения в ходе разбирательства, соотношение соглашения о порядке разрешения споров и подразумеваемого соглашения о праве и подразумеваемое соглашение о праве в контексте депесяжа.*

Ключевые слова: применимое право, выбор права, подразумеваемый выбор права, подразумеваемое соглашение о применимом праве.

*Saldugey Maria Sergeevna
4th year bachelor student
faculty of law
National Research University “Higher School of Economics”
Russia, Moscow*

PRACTICAL PROBLEMS OF IMPLIED AGREEMENT ON THE APPLICABLE LAW

***Abstract:** Implied agreement on the applicable law is one of the most controversial and difficult to regulate institutions of private international law. This article will sequentially address the most significant practical problems related to the phenomenon of implied agreement of the parties on the choice of applicable law, namely, the possibility of concluding such an agreement in the course of proceedings, the relationship between a dispute resolution agreement and an implied law agreement, and the implied law agreement in the context of desajaje.*

Key words: applicable law, choice of law, implied choice of law, implied agreement on applicable law.

Подразумеваемое соглашение о применимом праве является одним из самых спорных и сложных для правового регулирования институтов международного частного права. Абстрактный характер критериев выделения соответствующего соглашения, сложность разделения действительной и гипотетической воли сторон в ситуации, когда прямое волеизъявление отсутствовало, а также преимущественно судебный характер формирования принципов регулирования подразумеваемого соглашения как правило создает большое количество сложно разрешимых проблем в судебной и арбитражной практике.

В рамках настоящей статьи будут последовательно рассмотрены наиболее значимые практические проблемы, связанные с феноменом подразумеваемого соглашения сторон о выборе применимого права, а именно: возможность заключения такого соглашения в ходе разбирательства, соотношение соглашения о порядке разрешения споров и подразумеваемого соглашения о праве и подразумеваемое соглашение о праве в контексте депесяжа.

Допустимость заключения подразумеваемого соглашения о применимом праве в рамках судебного (арбитражного) разбирательства

Как в отечественной, так и в иностранной теории международного частного права можно встретить позицию о том, что «процессуальная» форма заключения подразумеваемого соглашения, когда стороны ссылаются на одно право в процессуальных документах или устных выступлениях, является недопустимой и противоречит природе соглашения о применимом праве [1, с. 19].

Как в отечественном, так и в зарубежных правовых порядках также не являются редкостью судебные решения, в которых допускается заключение соглашений такого рода. Например, в одном из решений Верховного суда Германии, где рассматривался спор между немецкой и гонконгской сторонами, суд пришел к выводу о применении немецкого права несмотря на явную связь договора с гонконгским правом, поскольку стороны в исковом заявлении и отзыве на него ссылались на нормы немецкого права [2].

Подобно российской судебной практике, немецкая практика также допускает возможность изменения соглашения о применимом праве посредством согласования (после заключения прямо выраженного соглашения) подразумеваемого соглашения в «процессуальной» форме. Так, Верховный суд Германии указывал, что подобное изменение прямо выраженного соглашения подразумеваемым даже в ходе обмена процессуальными документами соответствует положениям ст. 3 Римской Конвенции 1980 г [3]. Важно отметить, что данное конкретное решение было подвергнуто масштабной критике в немецкой доктрине с позиции идеи, что изменение прямо выраженного соглашения о применимом праве возможно исключительно с помощью нового прямо выраженного соглашения о применимом праве [4, с. 30].

Еще более спорным, но также встречающимся в судебной практике вариантом заключения подразумеваемого соглашения в «процессуальной» форме является отсутствие возражений одной стороны судебного процесса на ссылки другой стороны на определенный правопорядок [5, с. 315].

Немецкая доктрина, в отличие от немецкой судебной практики, подвергает существенным сомнениям признание таких соглашений заключенными и особенно отмечает данное расхождение во взглядах ученых и судов [6, с. 350]. Одним из наиболее сильных аргументов против подобных «процессуальных» соглашений о применимом праве является довод о том, что стороны, ссылаясь в ходе выступления на отдельные нормы, могут не осознавать, что таким образом заключают соглашение о применимом праве, особенно если сторона якобы заключает «молчаливое» соглашение, не высказывая возражений [6, Ibid.]. Очевидно, что о выражении воли на заключение подразумеваемого соглашения о применимом праве не может идти и речи, если стороны в принципе не осознают возможность такого волеизъявления. Это, опять же, является подменой действительной воли сторон гипотетической.

Как же в таком случае поступать со ссылками сторон на определенное право в ходе судебного разбирательства и поиском подразумеваемого соглашения? Представляется логичным для суда прямое уточнение намерений

сторон, что непосредственно предлагает, в частности, швейцарская судебная практика. Так, в одном из дел Верховный суд Швейцарии уточнил у сторон, ссылающихся на определенный правопорядок, наличие у них намерений заключить соглашение о применимом праве, указав на то, что «о выборе права определенной страны можно говорить только тогда, когда стороны понимали существование вопроса об определении применимого права» [7, с. 90].

Однако мы должны заметить, что в случае, когда суд напрямую выясняет у сторон действительность их намерения заключить соглашение о применимом праве, элемент подразумеваемости фактически отпадает, делая такое соглашение прямо выраженным. Позиция в данном случае может быть двойкой: проигнорировать ограничение института подразумеваемого соглашения о применимом праве, либо в принципе отказаться от идеи заключения подразумеваемого соглашения о применимом праве в ходе судебного или арбитражного разбирательства, подобно законодательству Австрии [8].

В России наиболее распространенным и закрепившимся в судебной практике способом заключения подразумеваемого соглашения в «процессуальной» форме является ссылка сторон на один и тот же правопорядок в ходе обмена процессуальными документами. Так, например, в постановлении одного из окружных арбитражных судов указывалось, что апелляции стороны к ст. 1211 ГК РФ не могут быть приняты судом во внимание, поскольку в ходе обмена иском заявлением и отзывом на него стороны ссылались на одно и то же право, что свидетельствовало о заключении соглашения о применимом праве [9]. Также в качестве заключения подразумеваемого соглашения о применимом праве российская судебная практика признает случаи, когда одна сторона ходатайствует о применении определенного правопорядка к материальным правоотношениям сторон, а другая ссылается на такой правопорядок в своем процессуальном документе [10].

Еще дальше в вопросе допущения процессуальных соглашений идет практика МКАС при ТПП РФ, в которой можно встретить множество интересных случаев признания составом арбитража подобных соглашений

имеющими место. Например, в одном из дел стороны заключили прямо выраженное соглашение о применении Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов, однако в ходе устных выступлений представители сторон ссылались на нормы российского законодательства. Состав арбитража счел, что в настоящем случае произошло заключение подразумеваемого соглашения о применимом праве, расширяющего первоначальное соглашение о применимом праве [11].

Но наиболее спорным случаем заключения подразумеваемого соглашения после начала разбирательства в отечественной практике является заключение такого соглашения «молчаливым» путем. И в данном случае можно встретить множество решений, предлагающих весьма спорные выводы. Например, Федеральный арбитражный суд Московского округа в одном из дел указал на то, что стороны заключили подразумеваемое соглашение о применимом праве, поскольку одна сторона ссылалась в процессуальном документе на российское право, а вторая сторона не предоставила отзыв и не явилась в судебное заседание [12]. Нам подобное допущение представляется излишним, поскольку в такой ситуации едва ли можно говорить о наличии воли другой стороны, которая не предприняла попыток даже выслушать волю истца. Менее претензионные случаи, когда суд или состав арбитража констатируют наличие подразумеваемого соглашения ввиду отсутствия возражений одной из сторон [13, с. 330]. Таким образом, делая подобный вывод, пусть в результате подразумеваемое соглашение и не смешивается с договорным статутом, суды не соблюдают стандарт подразумеваемого соглашения о применимом праве, выражающийся в достаточной определенности, о которой, по нашему мнению, нельзя говорить в случае молчания.

Интересными для рассмотрения представляются позиции, встречающиеся в отечественной доктрине по названному вопросу. В.Л. Толстых выражает достаточно категоричную позицию относительно «процессуальных» соглашений, указывая на то, что в силу значительной вероятности отсутствия осознания сторонами факта заключения соглашения о применимом праве в ходе

судебного разбирательства, такое соглашение может быть в дальнейшем признано заключенным в результате существенного заблуждения сторон относительно значения собственных действий [14, с. 150].

Не менее значимый аспект проблемы отмечает А.Б. Покровская: «По природе своей соглашение о применимом праве не является актом процессуального характера, следовательно, субъект, избирающий право в ходе процесса <...> должен обладать полномочиями, аналогичными полномочиям на совершение гражданско-правовой сделки соответствующего вида» [15, с. 19]. Действительно, можно представить себе ситуацию, что участник спора желает, чтобы конкретное лицо представляло его в рамках отдельного судебного разбирательства. Однако подобное «случайное» подразумеваемое соглашение, совершенное представителем, будет иметь преюдициальное значение для всех последующих разбирательств и связывать в аргументации всех последующих представителей стороны.

Нам представляется интересным, что в судебной практике Российской Федерации, как и в практике Германии, подразумеваемое соглашение о применимом праве находит столь широкое применение, что позволяет нам говорить о либеральности российского правопорядка в данном аспекте. Однако имплементация подразумеваемого соглашения в ситуации, когда одна из сторон молчит о применении какого-либо правопорядка, нам видится чрезмерной ввиду отсутствия хоть сколько-нибудь определенной воли такой стороны, что противоречит даже законодательной формулировке подразумеваемого соглашения о применимом праве в ст. 1210 ГК РФ: «соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или *должно определенно вытекать* из условий договора либо совокупности обстоятельств дела» (курсив мой. – М.С.).

Для устранения сформировавшегося противоречия возможно предложить дополнить ст. 1210 ГК РФ положением о том, что если сторона не возражает против применения определенного правопорядка, то она лишается права на возражения против заключения подразумеваемого соглашения в дальнейшем в

ходе судебного разбирательства (такая логика основана на аналогии с регулированием арбитражных соглашений). В таком случае стороны будут осведомлены о рисках, и их молчание можно будет принять за молчаливое согласие без нарушения действующих норм законодательства.

Соотношение подразумеваемого соглашения о праве, применимом к договору, и соглашения о порядке разрешения споров

На современном этапе развития доктрины подразумеваемого соглашения о применимом праве использование заключенного сторонами локализованного соглашения о порядке разрешения споров в качестве абсолютного критерия для определения наличия подразумеваемого соглашения о применимом праве является устаревшим и противоречит современному пониманию концепции автономии воли сторон. Тем не менее, как показал анализ, законодательство и судебная практика отдельных стран выражают противоположную позицию по данному вопросу.

Действительно, принцип *qui eligit judicem, eligit jus* до сих пор получает значительную поддержку в некоторых нормативно-правовых актах, а также судебных решениях и доктрине. Особенно это касается стран семьи общего права, где указанный принцип закреплен фундаментально. Например, в Англии судебные решения, где суды приходят к выводу о наличии подразумеваемого соглашения о применимом праве ввиду наличия арбитражного или пророгационного соглашения, не являются редкостью [16]. Английская доктрина достаточно активно поддерживает такие выводы судов [17, с. 1699].

В странах романо-германской правовой семьи, напротив, идея определения применимого права через соглашение о порядке разрешения споров отвергается и теорией, и практикой. Тем не менее, в отдельных странах суды рассматривают локализованное пророгационное соглашение как дополнительный фактор, в то время как в других оно в принципе не учитывается при отыскании действительной воли сторон на заключение подразумеваемого соглашения о применимом праве. Официальный комментарий к Римской Конвенции 1980 г. указывает, что наиболее справедливым было бы

рассматривать данный критерий как самостоятельный, но в совокупности с иными признаками [18, с. 282]. Данная формулировка получила законодательное закрепление в Преамбуле Регламента Рим I: «исключительное соглашение сторон о предоставлении одному или нескольким судам или арбитражам страны-члена (ЕС) подсудности на разрешение споров из контракта следует считать одним из факторов, который подлежит учету при определении того, ясно ли следует наличие выбранного права» [19]. Тут необходимо обратить отдельное внимание на то, что данное положение указывает, во-первых, только на исключительные пророгационные соглашения и, во-вторых, только на страны-члены ЕС. Последнее представляется нам необоснованным сужением автономии воли сторон на выбор как применимого права, так и места разрешения споров за пределами территории ЕС. Однако, также справедливым будет заметить, что в случае выбора места за пределами ЕС вряд ли для определения применимого права будет использоваться Регламент Рим I.

В Российской Федерации выбор сторонами места разрешения споров никогда не расценивался судами или доктриной как абсолютный критерий определения подразумеваемого соглашения о применимом праве [20, с. 217]. Определение сторонами места разрешения споров обычно рассматривается как второстепенный критерий при отыскании действительной воли сторон на заключение подразумеваемого соглашения о применимом праве [21, с. 358].

Поиск ответа на вопрос, стоит ли локализованное соглашение о порядке разрешения споров воспринимать как абсолютный критерий подразумеваемого соглашения о применимом праве, как правило, выливается в дискуссию о том, презюмируют ли обычные предприниматели, что суд должен применять *lex fori* ко всем правоотношениям, либо же они с достаточной степенью осведомлены об автономии воли сторон на выбор применимого права. Подобные дебаты можно встретить в доктрине международного коммерческого арбитража в контексте определения действительности патологических арбитражных оговорок. Некоторые исследователи считают, что стороны в принципе не осознают возможность выбора применимого права, поэтому место разрешения споров

должно предопределять договорный статут [22, с. 311]. Нам такая логика не представляется правильной, поскольку она игнорирует эволюцию принципа автономии воли сторон в современном международном частном праве.

Поскольку значение автономии воли сторон в вопросе выбора применимого права неоспоримо, мы приходим к выводу, что абсолютная подмена выбора применимого права выбором места разрешения споров является чрезмерным допущением и такой подход должен быть полностью исключен в современных условиях с учетом актуальных тенденций в праве.

Подразумеваемое соглашение о применимом праве и расщепление договорного статута

Одним из наиболее ярких самостоятельных критериев выделения подразумеваемого соглашения о применимом праве является ссылка сторон в договоре на нормы определенного правопорядка.

Однако спорным остается вопрос о том, применяется ли указание на отдельную норму ко всему договору, либо же к отдельной части договора. Вопрос также можно поставить следующим образом: может ли отсылка к определенной правовой норме вести к расщеплению договорного статута (депесажу)? Однозначный ответ на данный вопрос дать сложно, однако мы можем предложить пути решения.

Во-первых, результат зависит от того, упоминается ли в контракте только одно право или несколько. Если несколько, то возможно ли воспринять указание второго правопорядка как ошибочно включенного?

Во-вторых, существенно повлиять на решение обозначенной проблемы может контекст договора. Если в рамках одной части договора стороны ссылаются на право в целом, а в другой части – на конкретные нормы другого правопорядка, то можно предположить, что к этой части применяется другое право (если, опять же, нет подозрений об ошибке).

В-третьих, если в договоре упоминается конкретное право либо крупный свод законов, а не отдельная норма, то логично предположить, что стороны желали подчинить договор праву в целом. В доктрине можно встретить позицию

о том, что ссылка на кодифицированный акт в целом – это существенный критерий для выделения подразумеваемого соглашения о применимом праве [23, с. 313]. И с таким подходом следует согласиться.

Также в доктрине можно встретить точку зрения, что стороны подразумевали депесаж, если для каждого из указанных правопорядков характерно более совершенное регулирование того института, в контексте которого они упоминаются [24, с. 78]. Данное мнение также заслуживает внимания.

В любом случае, ответ на заданный вопрос будет зависеть от конкретного договора, формулировок его положений, частоты и характера ссылок на определенное право и количества упоминаемых правовых систем. При этом ссылка на определенное право сама по себе является существенным признаком наличия подразумеваемого соглашения о применимом праве.

Также интересным аспектом данного вопроса представляется то, является ли ссылка на отдельную правовую норму указанием на подчинение части договора соответствующему правопорядку, либо же указанием на то, что в дополнение к основному договорному статуту применяется конкретно взятая отдельная норма [25, с. 91].

Разрешая данную проблему, суды рассматривают характер нормативно-правового акта, в котором содержится соответствующая норма [26, с. 484]. Например, в практике Верховного суда Германии присутствует дело, в котором суд не посчитал подразумеваемым соглашением о применимом праве ссылку сторон на официальные строительные стандарты в области подряда [27]. В судебной практике США также можно встретить дела, где суд не признавал ссылку на специфические нормы (например, о социальном страховании работников), поскольку это не является соглашением о применимом праве [28].

При этом говорить о единстве правоприменительной практики в вопросе признания подразумеваемым соглашением о праве ссылки в тексте контракта на специфические нормативно-правовые акты мы не можем: упомянутый

Верховный суд Германии выносил и противоположные решения относительно тех же строительных контрактов [29].

Подводя итог рассмотрению данной проблемы, необходимо заключить, что хотя расщепление договорного статута в рамках подразумеваемого соглашения о применимом праве концептуально и допустимо, определить, на какой способ депесяжа была направлена воля сторон в отсутствие прямо выраженного соглашения, может быть крайне проблематичным для суда. Каждый конкретный случай имеет свое собственное решение в зависимости от формулировки ссылки на право, характера правовых норм и других обстоятельств дела. В связи с этим необходимо урегулировать вопрос расщепления статута (в случае с подразумеваемым соглашением о праве) на уровне законодательства либо в рамках официальных разъяснений высших судебных органов.

Список литературы:

1. Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к частноправовым отношениям, осложненным иностранным элементом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 19–20.
2. BGH 12.12.1990, VIII ZR 332/89. // WestLaw UK.
3. Urteil BGH v. 19.01.2000 — VIII ZR 275/98, IPRax. 2002. Heft 1. S. 37–39. // WestLaw UK.
4. Hohloch G., Kjelland C. Abändernde stillschweigende Rechtswahl und Rechtswahlbewußtsein // IPRax. 2002. Heft 1. S. 30–33.
5. Lando O. The conflict of laws of contracts: general principles. Hague Academy of International Law., 1984. P. 315.
6. Coester-Waltjen D. Einige Überlegungen zur konkludenten Rechtswahl im europäischen Vertragsrecht // Festschrift Sonnenberger. 2004. S. 350–351.
7. Vischer Fr., Huber L., Oser D. Internationales Vertragsrecht. 2. Aufl. Bern, 2000. S. 90.

8. Федеральный закон Австрии о международном частном праве (1978) в ред. 2018 г., раздел I. [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/040101> (дата обращения: 20.02.2023 г.).

9. Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 01.12.2009 № Ф03- 6794/2009 по делу № А24-5830/2008 // Справочно-правовая система «Консультант-Плюс».

10. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 05.12.2003 № КГ-А40/9513-03 по делу № А40-47669/02-69-492 // Справочно-правовая система «Консультант-Плюс».

11. Решение МКАС при ТПП РФ от 17 марта 2014 г. по делу № 195/2013 // Справочно-правовая система «Консультант-Плюс».

12. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 14.11.2000 № КГ-А40/5200-00 // Справочно-правовая система «Консультант-Плюс».

13. Розенберг М.Г. К вопросу о толковании условий договора в практике МКАС // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 80-летию Междунар. коммерч. арбитраж. суда при Торгово-промышл. палате Рос. Федерации / под ред. А.А. Костина. М., 2012. С. 330.

14. Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб.: Юридический Центр Пресс, 2004. 526 с.

15. Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к частноправовым отношениям, осложненным иностранным элементом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 29 с.

16. The Komninos S. Lloyds Law Reports 370. // WestLaw UK. 1991.

17. Lando O., Nielsen P. The Rome I Regulation // Common Market Law Review. 2008. Vol. 45. P. 1699.

18. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano and Paul Lagarde // Official Journal. 1980. P. 282.

19. Regulation (EC) № 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

20. Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М.: Спарк, 2002. 1007 с.
21. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. С. 423–424 (автор комментария к ст. 1210 ГК РФ — И.С. Зыкин).
22. Lando O. Contracts // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. III Private International Law / Chief ed. K. Lipstein. Chapter 24. Tübingen, 1976. P. 311–313.
23. Lando O. Contracts // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. III: Private International Law. P. 313–314.
24. Бардина М.П. Определение права, применимого к договорам, в новой редакции Гражданского кодекса РФ //Труды Института государства и права Российской академии наук. 2015. №. 3. С. 78.
25. Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 91.
26. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 10. Internationales Privatrecht. Rom-I Verordnung. Rom-II Verordnung. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24). S. 484.
27. Urteil BGH v. 25.02.1999 — VII ZR 408/97, IPRax. 2001. Heft 4. S. 331–333. // WestLaw UK.
28. Sonat Exploration Company v. Cudd Pressure Control, Inc., Nov. 21, 2008. // WestLaw UK.
29. Urteil BGH v. 07.12.2000 – VII ZR 404/99, IPRspr. 2000. Nr. 133. // WestLaw UK.