



ЦИВИЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

М. К. Сулейменов*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СДЕЛОК В КАЗАХСТАНЕ

Понятие внешнеэкономической сделки и внешнеэкономического договора.

Определения внешнеэкономической сделки или внешнеэкономического договора в законодательстве нет. Есть только упоминание о внешнеэкономической сделке в двух статьях ГК. В п. 3 ст. 153 ГК закрепляется, что «несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет недействительность сделки». В соответствии с п. 2 ст. 1104 ГК «внешнеэкономическая сделка, хотя бы одним из участников которой является юридическое лицо Республики Казахстан или гражданин Республики Казахстан, совершается, независимо от места заключения сделки в письменной форме».

По своей правовой природе внешнеэкономическая сделка ничем не отличается от обычной гражданско-правовой сделки. Любой гражданско-правовой договор может быть внешнеэкономическим. Единственной особенностью последнего является наличие иностранного элемента.

В соответствии с общими положениями гражданского права (ст. 148 ГК) можно выделить следующие виды внешнеэкономических сделок:

- 1) односторонние (например, выдача доверенности иностранному юридическому или физическому лицу; завещание в случаях, когда наследник проживает в другой стране);
- 2) двусторонние (например, договоры международной купли-продажи товаров, договоры международного подряда, комиссии и другие);
- 3) многосторонние (например, договор о совместной деятельности, учредительный договор). В качестве примера можно привести консорциумы: КазахстанКаспийшельф, Каспийский трубопроводный консорциум (КТК).

Понятие «внешнеэкономическая сделка» появилось в нашем законодательстве в 1991 г. с принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик, которые были введены в действие на территории Казахстана в январе 1993 г.

© Сулейменов М. К., 2007

* директор Научно-исследовательского института частного права Казахского гуманитарно-юридического университета (Алматы, Республика Казахстан), академик Национальной академии наук, доктор юридических наук, профессор



До этого применялся термин «внешнеторговая сделка». Термин «внешнеэкономическая сделка» шире, чем термин «внешнеторговая сделка», так как он охватывает не только отношения в сфере торговли, но и все договорные отношения в сфере внешнеэкономической деятельности.

Раньше к признакам внешнеторговых (затем внешнеэкономических) сделок относили два основных признака: наличие иностранного субъекта и экспортно-импортный характер сделки, то есть пересечение товаром, являющимся предметом сделки, государственной границы.

Что касается второго признака, то, будучи применимым к договору поставки, он в меньшей степени применим к другим внешнеэкономическим договорам (подряда, услуг и т. п.). Трудно себе представить, как услуга будет пересекать границу.

Но и в договоре международной купли-продажи товаров этот признак не всегда может быть применен.

Например, Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС) было рассмотрено дело, в котором российское угольное предприятие заключило договор на поставку угля с зарубежной фирмой. При этом отгрузка угля производилась в адрес третьей находящейся на территории РФ организации, с которой иностранная фирма состояла в договорных отношениях. Арбитражный суд квалифицировал подписанный российской и иностранной фирмами договор как внешнеэкономический, хотя пересечения товаром границы страны экспорта в данном случае не было¹.

Однако и первый признак, основанный на разной государственной принадлежности контрагентов, не всегда срабатывал, например, когда договор заключен между находящимися на территории одного государства двумя иностранными фирмами.

Поэтому в современных условиях все большее распространение получает модификация субъектного состава внешнеэкономической сделки: вместо признака разной государственной принадлежности субъектов стал использоваться критерий места нахождения коммерческих предприятий контрагентов сделки в разных государствах. Этот критерий был закреплен применительно сначала к договору международной купли-продажи товаров, а затем и к другим договорам в ряде международных конвенций, в частности, в Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1985 г., Конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г., Конвенции по международным факторным операциям 1988 г. и др.

Само понятие «местонахождение коммерческих предприятий сторон в разных странах» не совсем понятно юристам нашей страны. У нас термин «предприятие» употребляется несколько в ином смысле: как субъект (государственное предприятие) или как объект (предприятие как имущественный комплекс).

Однако на самом деле этот термин употребляется в конвенциях совершенно в другом значении — как место осуществления деятельности.

В Венской Конвенции используется термин «*place of business*», которое не расшифровано, и которое можно понять именно как место осуществления

¹ См.: Международное частное право: Учебник. — Под ред. Н. И. Марышевой. — М.: Юрид. фирма «Контракт», Инфра-М, 2000. — С. 207.



деятельности. Во всяком случае ясно, что это понятие не тождественно ни понятию «национальность юридического лица», ни понятию «оседлость» или «местонахождение» («места жительства») юридического или физического лица. Речь идет о постоянном месте осуществления регулярных деловых операций. Дочерняя фирма не будет рассматриваться как коммерческое предприятие материнской компании, она будет выступать самостоятельной стороной в сделке. С другой стороны, сделка, совершаемая гражданином Казахстана, постоянно проживающим в иностранном государстве и зарегистрированным в нем в качестве предпринимателя (например, коммерсанта во Франции), с юридическим лицом РК на поставку товаров будет квалифицироваться как внешнеэкономическая, несмотря на то, что критерию «разнонациональности» она удовлетворять не будет².

Исходя из этого, наиболее удачным считается определение внешнеэкономических сделок (договоров), как «совершаемые в ходе осуществления предпринимательской деятельности договор между лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах»³.

Международные сделки. Понятие «внешнеэкономическая сделка» охватывает не все сделки международного характера. Это вытекает и из международных конвенций, в частности, Нью-Йоркской конвенции о международной купле-продаже товаров 1980 года, в которой устанавливается, что она не применяется в отношении купли-продажи товаров для личного, семейного или домашнего пользования.

Г. Д. Ахмадиева, пытаясь найти выход из этой ситуации, предлагает и бытовые сделки международного характера включить в состав внешнеэкономических. По ее мнению, следует выделить две группы внешнеэкономических контрактов: бытовые внешнеэкономические контракты и предпринимательские контракты⁴.

Г. Д. Ахмадиева правильно подчеркивает общность внешнеэкономических и бытовых контрактов и необходимость их объединения в одном понятии. Но вряд ли есть необходимость применять к бытовым сделкам термин «внешнеэкономические». Видимо, должен быть другой термин, и таким термином, скорее всего, могут выступить понятия «международные сделки» или «сделки международного характера».

Таким образом, сделки международного характера подразделяются на две группы: внешнеэкономические сделки, опосредующие международную предпринимательскую деятельность, и сделки, не имеющие предпринимательского характера, не ставящие целью извлечения прибыли. В советские времена обязательственные отношения международного характера сводились в основном к внешнеторговой или внешнеэкономической деятельности, поэтому старое законодательство оперировало соответствующими терминами. В современных условиях все большее число граждан участвует в гражданско-правовых операциях международного характера, заключает гражданско-правовые договоры с иностранцами по поводу объектов, находящихся на территории иностранного государства и т. п. игнорировать которые законодательство не может. Исходя из этого, коллизионные нормы, устанавливающие применимое право к договорным

² См.: Зыкин И. С. Внешнеэкономические операции: право и критика. — М.: Международные отношения, 1994. — С. 65-72; Ануфриева Л. П. Международное частное право. Особенная часть. Том 2. Учебник. — М.: БЕК, 2000. — С. 188-189.

³ См.: Зыкин И. С. Указ. работа. — С. 72.

⁴ См. Ахмадиева Г. Д. Правовое регулирование внешнеэкономических контрактов в Республике Казахстан. — Алматы, 1996. — С. 18-19.



обязательствам, используют общие категории сделок или договоров, которые включают как сделки, не имеющие коммерческого характера, так и сделки, имеющие предпринимательский, внешнеэкономический характер, которые в нашей практике традиционно воплощают в термине «внешнеэкономическая сделка», а в мировой практике — чаще в термине «международный коммерческий договор» или «международная коммерческая сделка»⁵.

Между прочим, из такого понимания внешнеэкономической сделки вытекают очень интересные практические выводы. Это значит, что положения о недействительности сделки при несоблюдении письменной формы не распространяются на бытовые сделки. В общем-то, это логично. Норма о необходимости письменной формы под страхом недействительности имеет практическое значение только применительно к предпринимательскому договору. Вряд ли целесообразно требовать от гражданина РК, купившего дубленку на базаре в Стамбуле, соблюдения обязательной письменной формы договора. В случае возникновения спора он может, в соответствии со ст. 153 ГК, подтвердить наличие договора какими-либо письменными доказательствами (чек, расписка и т. п.).

С юридической точки зрения такое понимание может быть обоснованно логическим толкованием норм ГК на основе буквального значения их словесного выражения (ст. 6 ГК). Понятие «внешнеэкономическая сделка» применяется исключительно к форме сделки (п. 3 ст. 153, п. 2 ст. 1104 ГК). Когда речь заходит об общих проблемах коллизионного права, применяются термины «договорные обязательства», «договор» (§ 5 Главы 62 ГК). С учетом ст. 1084 ГК ясно, что речь идет о договоре с иностранным элементом. Эти положения применимы ко всем сделкам (договорам) — как внешнеэкономическим, так и бытовым.

Множественность лиц в обязательстве. При реализации на практике понятия «внешнеэкономическая сделка» нередко возникает необходимость применения теоретических положений гражданского права. В качестве примера я могу привести нормы о множественности лиц в обязательстве (ст. ст. 269, 286-288 ГК). Теоретический вопрос, который здесь возникает, заключается в следующем: выступают ли несколько должников или несколько кредиторов как единая сторона? Если это так, то ни один из отдельно взятых должников или кредиторов не может вступать в юридически значимые отношения с противоположной стороной.

Такой вывод представляется не очень обоснованным. Любой из должников и любой из кредиторов может вступить при необходимости в самостоятельные отношения с противоположной стороной.

Лучше всего это можно показать на конкретном примере.

По одному делу, которое рассматривалось в международном суде в Вашингтоне и в котором я принимал участие в роли эксперта, должником являлось Правительство РК, а кредиторами — две иностранные компании и один казахстанский банк. Речь шла о расторжении Правительством договора консультационных услуг. При расторжении не была соблюдена должным образом письменная форма. В соответствии с п. 3 ст. 153 ГК несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет недействительность сделки. Однако в данном случае Правительство расторгло договор только с казахстанским банком, обязательства перед иностранными компаниями оно сохранило в полном объеме. То есть отношения должника с каждым из трех кредиторов (несмотря на то, что они выступают в договоре одной стороной) рассматривались как самостоятельные. Соответственно логичным выглядит

⁵ См.: Международное частное право. Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — 2-е изд. — М.: ТК Велби, изд. Проспект, 2004. — С. 359.



предположение, что договор является внешнеэкономическим только в части, касающейся отношений с иностранными компаниями. В той части, где он касается отношений Правительства с казахстанским банком, договор не является внешнеэкономическим, и поэтому к нему в этой части нормы п. 3 ст. 153 ГК не применимы.

Иностраный элемент. До сих пор мы вели речь о таком признаке внешнеэкономической сделки как нахождение ее субъектов в разных государствах. Однако возникает вопрос, возможно ли признание сделки внешнеэкономической при отсутствии этого признака, может ли она быть заключена между резидентами одной страны? То есть речь идет об отношениях, осложненных иностранным элементом, и о применимости всех видов иностранного элемента.

В литературе иногда выделялся иностранный элемент в качестве признака внешнеэкономической сделки, однако этот признак сводился к участию иностранного лица в договоре⁶.

Такое понимание иностранного элемента представляется чрезмерно узким.

Иностраный элемент — понятие достаточно условное. Иностранные элементы подразделяются на три группы в зависимости от того, к какому структурному элементу правоотношения они относятся:

1) по субъекту правоотношения: оно становится международным, если его участниками выступают юридические и физические лица разных стран (договор купли-продажи между юридическими лицами Казахстана и Германии, брак, заключенный гражданином Казахстана с гражданской России и т.п.);

2) по объекту правоотношения: оно становится международным, если возникает по поводу имущества, находящегося за рубежом (например, при банкротстве казахстанской фирмы, имеющей филиалы за границей, или при издании Олжасом Сулейменовым книги в Италии), или по поводу иностранного имущества, находящегося в Казахстане (например, отношения по поводу иностранных инвестиций или по поводу патента, полученного иностранцем в Казахстане);

3) по юридическим фактам: правоотношение становится международным, если юридический факт имел место за границей (например, казахстанские граждане заключили брак во Франции или попали в автомобильную аварию в Польше)⁷.

Понятие «иностраный элемент» в настоящее время получил законодательное закрепление. В п. 1 ст. 1084 ГК говорится о «праве, подлежащем применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненных иным иностранным элементом». То есть помимо отношений с участием иностранных субъектов здесь предусмотрены отношения, осложненные иным иностранным элементом.

В ГК Российской Федерации после слов: «осложненным иным иностранным элементом» добавлено: «в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей» (п. 1 ст. 1186 ГК РФ). То есть упомянут еще один иностранный элемент: объект гражданских прав, находящийся за границей.

В литературе высказывались сомнения в том, что присутствие всякого иностранного элемента во всех случаях автоматически придает международный характер (например, при нахождении вещи или заключении договора за границей)⁸.

⁶ См.: Мусин В. А. Международные торговые контракты. — Л., 1986. — С. 5-6.

⁷ Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М.: Проспект, 2000. — С. 12-13; Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. 3-е изд. — М.: Юристъ, — С. 18-19.

⁸ См.: Зыкин И. С. Указ. работа. — С. 19.



Вряд ли можно согласиться с этими сомнениями в современных условиях, после принятия ГК РФ и ГК РК, где прямо предусмотрены отношения, осложненные иным иностранным элементом. Ст. 1084 ГК имеет общее значение и применяется ко всем гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, в том числе к отношениям по внешнеэкономической сделке.

Следовательно, если два казахстанских резидента заключили договор в отношении объекта, находящегося за границей, или если договор заключен за границей, мы имеем отношения, осложненные иностранным элементом. Следовательно, эта сделка международного характера или внешнеэкономическая сделка. Следовательно, нет препятствий для применения иностранного права.

Соответствует ли данное положение нормам законодательных актов РК? В силу п. 1 ст. 4 Конституции РК действующим правом РК являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного суда Республики.

Следовательно, иностранное право может применяться только в том случае, когда это предусмотрено нормами законодательства РК. Пока что такая возможность предусмотрена только нормами международного частного права, то есть при наличии в отношениях иностранного элемента (Раздел 7 ГК, раздел 7 Закона РК от 17 декабря 1998 г. «О браке и семье»).

В силу того, что в соответствии с п.1 ст. 1084 ГК иностранный элемент — это не только иностранные субъекты, но и объекты за границей, и факт заключения сделки за границей, можно сделать вывод, что договор, заключенный между резидентами Казахстана в отношении объекта за границей или заключенный за границей, может быть признан международным, и в этом договоре может быть предусмотрено иностранное право.

Другой вопрос: могут ли два резидента Казахстана предусмотреть в своем договоре местом рассмотрения спора иностранный суд или иностранный арбитраж? На первый вопрос, мне кажется, надо ответить отрицательно, на второй вопрос — положительно.

Отрицательно решается вопрос об иностранном суде. Резиденты подчиняются праву РК, в том числе Гражданско-процессуальному кодексу РК (далее ГПК). В соответствии с ГПК споры должны рассматриваться по месту жительства ответчика (ст. 31 ГПК). Договорная подсудность касается изменения территориальной подсудности только внутри РК (ст. 34 ГПК). Следовательно, два резидента могут разрешать споры только в суде РК.

Иное дело — иностранный арбитраж. Выбор арбитража — это внутреннее дело самих сторон. Это является реализацией нормы п. 1 ст. 13 Конституции РК, где сказано, что каждый вправе защищать свои права и свободы всеми не противоречащими закону способами, включая необходимую оборону.

Одним из таких способов является применение альтернативных процедур рассмотрения споров (АПРС), и в частности, передача спора на рассмотрение в арбитраж. Место рассмотрения спора (в Казахстане или за его пределами) нигде не оговаривается. В законодательстве запрета рассматривать спор за пределами Казахстана не содержится, п. 1 ст. 4 Конституции при этом не нарушается, так как применимым правом в этом случае может быть только право РК.

После принятия арбитражных законов возник вопрос, не является ли запретом на рассмотрение споров резидентов за рубежом норма ст. 1 Закона о третейских судах «Сфера действия настоящего Закона»: «Настоящий Закон



применяется в отношении споров, возникших из гражданско-правовых договоров, заключенных физическими и юридическими лицами, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан»?

Я считаю, что ответ на данный вопрос должен быть: не является.

Закон о третейских судах, так же как и Закон о международном третейском арбитраже, вообще не затрагивает вопроса о праве граждан РК на обращение в зарубежный арбитраж, это не его сфера. Закон устанавливает правила рассмотрения споров на территории Казахстана и не касается вопросов о рассмотрении споров за его пределами.

Это вытекает и из того факта, что точно такое же правило закреплено в ст. 1 Закона о международном коммерческом арбитраже: «Настоящий Закон применяется в отношении договорных споров с участием физических и юридических лиц, разрешаемых международным коммерческим арбитражем, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан». Если к этой норме применить ту же формулу запрета на обращение в иностранный арбитраж, которую пытаются использовать применительно к ст. 1 Закона о третейских судах, то получится, что наш резидент, имеющий право на рассмотрение спора с нерезидентом в международном коммерческом арбитраже на территории Казахстана, тем самым теряет право на рассмотрение спора с нерезидентом в иностранном арбитраже. Но такой вывод является полным абсурдом и явным ограничением прав граждан на защиту своих прав. Однако точно такой же вывод следует сделать применительно к идее запретить двум резидентам рассматривать спор в иностранном арбитраже.

Необходимо также отметить, что в ст. 1 обоих Законов речь идет не о гражданах и юридических лицах РК, а о физических и юридических лицах. То есть здесь не стоит вопрос о том, кто скрывается за этими терминами (резиденты или нерезиденты, субъекты РК или других стран). Такое разграничение находится за пределами данных статей. В этих статьях термин «физические и юридические лица» употребляется для того, чтобы выделить эту группу субъектов в отличие, например, от государства как субъекта гражданского права. Это означает, кстати, что государство (ни Республика Казахстан, ни любое иностранное государство) не может быть стороной спора в арбитражных судах, действующих на территории РК. Но из этого совсем не вытекает, что Республика Казахстан не может быть стороной спора в иностранном арбитраже, в частности, в международном центре по рассмотрению инвестиционных споров в Вашингтоне (ICSID).

Кстати, в соответствии с п. 4 ст. 6 Закона о международном коммерческом арбитраже в арбитраж передаются споры, если хотя бы одна из сторон является нерезидентом РК. «Хотя бы одна из сторон». Из этого ясно вытекает, что международный коммерческий арбитраж рассматривает споры и в том случае, если обе стороны являются нерезидентами. Тогда почему два наших резидента не могут рассмотреть спор в арбитраже стран, для которых они являются нерезидентами?

Коллизионные вопросы внешнеэкономических договоров.

Внешнеэкономический договор — это соглашение сторон, и именно здесь в первую очередь встает вопрос о возможности выбора применимого права.

Генеральной привязкой для договора является выбор права соглашением сторон договора (*lex voluntatis*). В п. 1 ст. 1112 ГК закрепляется: «Договор регулируется правом страны, выбранным соглашением сторон, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан». Оговорка означает, что возможны случаи, когда закон не допускает возможности выбора права соглашением сторон, устанавливая императивную норму. Примером может



служить ст. 1114 ГК, исключая возможность выбора иного права, чем право Республики Казахстан (если юридическое лицо создается в Казахстане).

Ст. 1112 ГК закрепляет ряд положений, уточняющих и детализирующих процесс выбора права.

Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть явно выражено или прямо вытекать из условий договора и обстоятельств дела, рассматриваемых в их совокупности (п. 2 ст. 1112 ГК).

Стороны договора могут выбрать применимое право как для договора в целом, так и для отдельных его частей (п. 3 ст. 1112 ГК). По одному контракту стороны предусмотрели в отношении одних условий контракта право штата Нью-Йорк, а для других — право Казахстана. Во время судебного процесса, который проходил в Канаде (провинция Альберта) и где я выступил как эксперт по праву РК, спор шел в основном о правильном толковании этих условий, так как от этого зависело, какое право суд будет применять.

Выбор применимого права может быть сделан сторонами договора в любое время как при заключении договора, так и в последующем. Стороны могут также в любое время договориться об изменении применимого к договору права (п. 4 ст. 1112 ГК).

На случаи, когда стороны не договорились о применимом праве, ГК предусмотрел несколько дополнительных правил. Такие дополнительные (коллизионные) привязки сформулированы для каждого вида правоотношений отдельно.

1) Основная привязка при отсутствии соглашения сторон сформулирована в п. 1 ст. 1113 ГК. Эта привязка называется закон страны продавца (*lex venditoris*). В соответствии с п. 1 ст. 1113 ГК «при отсутствии соглашения сторон договора о подлежащем применению праве к этому договору применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся:

- 1) продавцом — в договоре купли-продажи;
- 2) дарителем — в договоре дарения;
- 3) арендодателем или наймодателем — в договоре имущественного найма (аренды);
- 4) ссудодателем — в договоре безвозмездного пользования имуществом;
- 5) подрядчиком — в договоре подряда;
- 6) перевозчиком — в договоре перевозки;
- 7) экспедитором — в договоре транспортной экспедиции;
- 8) кредитором — в договоре займа или кредитном договоре;
- 9) поверенным — в договоре поручения;
- 10) комиссионером — в договоре комиссии;
- 11) хранителем — в договоре хранения;
- 12) страховщиком — в договоре страхования;
- 13) поручителем — в договоре поручительства;
- 14) залогодателем — в договоре залога;
- 15) лицензиаром — в лицензионном договоре о пользовании исключительными правами».

Из содержания п. 1 ст. 1113 ГК можно понять, что, во-первых, когда мы говорим о законе страны продавца, мы имеем в виду не только договор купли-продажи; и, во-вторых, перечисленными пятнадцатью видами договоров не ограничивается перечень договоров, к которым может быть применен закон страны продавца. Эта коллизионная привязка может быть применена к любому виду договора.



Однако возникает вопрос, к какой из сторон договора должен применяться данный принцип, как определить так называемого «продавца» товаров, работ или услуг.

Ответ на этот вопрос дается в п. 4 ст. 1113 ГК, который гласит: «К договорам, не перечисленным в п.п. 1-3 настоящей статьи, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве, применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора».

Из содержания данного пункта вытекает, что основным критерием определения стороны, подпадающей под действие принципа *lex venditoris*, является то, что эта сторона «осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора». Например, в договоре факторинга это — клиент, в договоре франчайзинга — комплексный лицензиар, в договоре услуг — услугодатель, в договоре банковского вклада — вкладчик, в договоре гарантии — гарант, в соглашении о задатке — задаткодатель и т. п.

2) Помимо общей привязки *lex venditoris*, ГК предусматривает особые привязки для отдельных видов правоотношений.

Одной из таких привязок является закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*). В соответствии с п. 2 ст. 1113 ГК к правам и обязанностям по договору, предметом которого является недвижимость, а также по договору о доверительном управлении имуществом применяется право страны, где это имущество находится, а в отношении имущества, которое внесено в государственный реестр в Республике Казахстан, — право Республики Казахстан.

Выявились две точки зрения на толкование содержания п. 2 ст. 113 ГК:

1) В силу того, что все остальные пункты ст. 1113 ГК начинаются со слов «при отсутствии соглашения сторон», а в п. 2 ст. 1113 ГК этих слов нет, данный пункт является императивной нормой, поэтому стороны не имеют права своим соглашением определять право, подлежащее применению, иное, чем то, что определено в п. 2.

2) Ст. 113 ГК называется: «Право, применяемое к договору при отсутствии соглашения сторон», поэтому все пункты этой статьи должны применяться, если иное не установлено соглашением сторон.

Налицо противоречия в самой норме ГК, допускающие возможность различного толкования нормы. При толковании норм гражданского законодательства ГК предписывает руководствоваться, в частности, принципами гражданского законодательства, а также историческими условиями, при которых вводилась в действие норма гражданского законодательства (ст. 6 ГК). Одним из основных принципов гражданского законодательства является свобода договора (ст. 2 ГК). Что касается исторических условий, то можно совершенно определенно утверждать, что первоначально п. 2 ст. 1113 ГК существовал как часть п. 3 этой же статьи, который начинался со слов «при отсутствии соглашения сторон». Затем эта норма была выделена в отдельный пункт. То есть при принятии этой нормы не имелось в виду вывести ее за пределы содержания ст. 1113 ГК в целом: подразумевалось, что стороны могли заключить соглашение о применении иного права.

Это положение не противоречит общим положениям о праве, применимом к правам на недвижимость в соответствии со ст. 1107 ГК (право страны, где имущество находится). Определение права собственности на недвижимость будет определяться по правилам ст. 1107 ГК, но к правам и обязанностям по договору, предметом которого является недвижимость, вполне может применяться другое право, если стороны решат применить его. Например, недвижимость находится



в Казахстане. Право собственности и иные вещные права будут определяться законами Казахстана. Но если собственник недвижимости заключит договор имущественного найма в отношении этой недвижимости с гражданином Германии, права и обязанности по этому договору могут определяться в соответствии с законами Германии, если стороны заключат соглашение об этом.

3) особой привязкой является также закон места осуществления деятельности (*lex loci activitatis*). К договорам о совместной деятельности и строительного подряда применяется право страны, где такая деятельность осуществляется или создаются предусмотренные договором результаты (подп. 1) п. 3 ст. 1113 ГК).

4) Следующая привязка — закон места совершения акта (*lex loci actus*). К договору, заключенному по итогам конкурсных торгов (тендера, аукциона) или на бирже, применяется право страны, где проводятся конкурсные торги или находится биржа (подп. 2 п. 3 ст. 1113 ГК).

5) Применяется здесь также закон наиболее тесной связи. В п. 4 ст. 1113 ГК содержится следующее положение: при невозможности определить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. В качестве примера можно привести договор толлинга, или переработки давальческого сырья. Сначала поставляется сырье, потом оно перерабатывается и поставляется обратно. Кто из сторон осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, установить трудно. В этом случае применяется право страны, с которой договор толлинга наиболее тесно связан.

Аналогичная ситуация складывается при заключении и исполнении договора мены (бартера).

6) В качестве дополнительной коллизионной привязки может применяться закон места исполнения договора (*lex loci solutionis*). В п. 5 ст. 1113 ГК закрепляется, что в отношении приемки исполнения по договору принимается во внимание право места проведения такой приемки, поскольку сторонами не согласовано иное. Следует обратить внимание, что говорится не «применяется право страны», а «принимается во внимание». То есть суд применяет в качестве основной другую привязку, например *lex venditoris*, но в отношении приемки исполнения может также учесть *lex loci solutionis*.

7) Отдельной статьей выделен вопрос о праве, применяемом к договору о создании юридического лица с иностранным участием (ст. 1114 ГК). К этому договору о создании юридического лица с иностранным участием применяется право страны, где учреждается или учреждено юридическое лицо.

Против этой нормы резко выступали иностранные инвесторы, которые не хотели применять право РК к отношениям между собой, особенно в случаях, когда создается иностранное предприятие на территории РК со 100%-ным участием иностранцев.

Тем не менее, норму оставили и даже усилили, предусмотрев, что закон юридического лица применяется не только к отношениям по созданию юридического лица с иностранным участием, но и по прекращению юридического лица, по передаче доли участия в нем и к другим отношениям между участниками юридического лица, связанным с их взаимными правилами и обязанностями (в том числе определяемым последующими соглашениями).

Положения ст. 1114 ГК применяются и в случае установления взаимных прав и обязанностей участников юридического лица с иностранным участием другими учредительными документами (п. 3 ст. 1114 ГК).

Спорным на практике является вопрос о пределах применения п. 2 ст. 1114 ГК. В частности, когда речь идет о передаче доли участия в юридическом лице,



распространяется ли это правило на продажу акций в акционерном обществе? Например, один из акционеров акционерного общества, зарегистрированного как совместное предприятие в Казахстане, продает свои акции на Нью-Йоркской фондовой бирже. Значит ли это, что сделка купли-продажи акций, совершенная в Нью-Йорке, должна подчиняться праву Республики Казахстан?

В п. 2 ст. 1114 ГК речь идет о «передаче доли участия и других отношениях между участниками юридического лица, связанных с их взаимными правами и обязанностями». При передаче доли участия в товариществах с ограниченной ответственностью возникают взаимные права и обязанности между участником, продающим долю, и другими членами товарищества, связанными с реализацией ими преимущественного права на покупку доли. Но при продаже акций акционерного общества никаких взаимных прав и обязанностей продавца и других акционеров не возникает: преимущественного права покупки у других акционеров нет, свободная продажа акций вытекает из правовой природы акционерного общества и т. п. Новый акционер, купивший акции, просто занимает место продавца и приобретает те же права и обязанности, что и прежний акционер.

Здесь можно провести аналогию с перерегистрацией юридических лиц при изменении состава участников. В соответствии с п. 6 ст. 42 ГК юридическое лицо подлежит перерегистрации в случаях изменения состава участников в хозяйственных товариществах. То есть изменение состава в акционерных обществах перерегистрации не требует в силу того, что свободная продажа акций без каких-либо согласований и уведомлений составляет суть правовой природы акционерного общества.

Последний из коллизионных вопросов связан с формой сделки.

В соответствии с п. 1 ст. 1104 ГК форма сделки подчиняется месту ее совершения.

Формула прикрепления, традиционно применяемая для решения вопросов, связанных с формой сделок: *locus regit formam actum* — место совершения акта определяет его форму.

Однако если при совершении сделки за границей будут нарушены требования местного права в отношении формы, то такая сделка будет действительной, если ее форма соответствует требованиям права РК.

Из общего правила об определении формы сделки по праву места совершения п. 3 ст. 1104 ГК устанавливает изъятия. Форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество (*lex rei sitae*), а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Республике Казахстан, праву Республики Казахстан.

