



ПРАВОСУДИЕ В РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

JUSTICE IN RUSSIA AND FOREIGN COUNTRIES

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-4-1043-1064>

EDN: LYJSXS


Научная статья / Research Article

Неравенство в переговорах: способы его преодоления в международном торговом праве и в международном частном праве

О.В. Фонотова  , Л.Е. Беляева 

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,

г. Москва, Российская Федерация

 Olga.Fonotova@gmail.com

Аннотация. Основным постулатом договорного права служит свобода договора, включающая свободу ведения переговоров и автономию воли сторон. Однако практика и доктрина свидетельствуют, что множество заключаемых международных коммерческих контрактов формируется в условиях фактического неравенства контрагентов. Настоящая работа – первый опыт комплексного осмысления проблемы трансграничного неравенства переговорных возможностей коммерсантов. Цель исследования – систематизировать и критически оценить эффективность правовых условий, сформулированных в унифицированных актах международного торгового права и международного частного права, для преодоления неравенства контрагентов на преддоговорной стадии. Исследование выполнено с опорой на логический, формально-юридический и сравнительно-правовой методы. Результаты и выводы. Набор правовых средств разрешения проблемы неравного положения договаривающихся сторон представлен комплексом взаимодополняющих сфер унифицированного нормативного регулирования – материальной и коллизионной. Универсальное конвенционное регулирование преддоговорного этапа в праве не выработано. Рекомендательные акты материально-правовой унификации торгового права закрепляют развитые модели регламентации поведения сторон в трансграничных переговорах. Основным правовым средством для достижения баланса положения контрагентов служит институт преддоговорной ответственности, основанный на принципе добросовестности. В европейском и в российском праве коллизионный вопрос решается путем комбинации нормативно закрепленной внедоговорной квалификации преддоговорных отношений и комплексного характера регулирования, предусматривающего последовательное использование договорной и деликтной привязок. В условиях неравенства коллизионные нормы должны предусматривать справедливое разрешение ситуаций, в которых выбор применимого права не является действительно в равной степени свободным для каждого контрагента, в том числе допускать отклонения от принципа автономии воли. В отсутствие выбора

© Фонотова О.В., Беляева Л.Е., 2023



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>

применимого права перечень критериев для установления наиболее тесной связи преддоговорных правоотношений с компетентным правопорядком следует расширить: так, суд должен иметь возможность учитывать право места исполнения будущих договорных обязательств и право, регулирующее другие связанные договоры.

Ключевые слова: неравенство, международный коммерческий договор, трансграничные преддоговорные отношения, переговоры о заключении договора, автономия воли, слабая сторона, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Принципы УНИДРУА, Принципы европейского договорного права, Регламент Рим II

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Вклад авторов: Фонотова О.В. – концепция и структура исследования, поиск научной литературы, анализ полученных данных, написание текста, перевод на английский язык; Беляева Л.Е. – сбор и обработка материалов, поиск научной литературы и судебной практики, анализ полученных данных, написание текста, работа с библиографическим списком и сносками.

Благодарности: В данной научной работе использованы результаты стратегического проекта «Правовые механизмы преодоления неравенства», выполненного в рамках проектной научно-исследовательской деятельности факультета права НИУ ВШЭ в 2022–2023 учебном году; Исследование выполнено при поддержке СПС «КонсультантПлюс».

Поступила в редакцию: 22 марта 2023 г.


Принята к печати: 15 октября 2023 г.

Для цитирования:

Фонотова О.В., Беляева Л.Е. Неравенство в переговорах: способы его преодоления в международном торговом праве и в международном частном праве // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 4. С. 1043–1064. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-4-1043-1064>

Bargaining inequality: ways to overcome it in international commercial law and in private international law

Olga V. Fonotova  , **Lidiya E. Belyaeva** 

National Research University “Higher School of Economics”, Moscow, Russian Federation
 Olga.Fonotova@gmail.com

Abstract. The basic tenet of contract law is freedom of contract, including the freedom to negotiate and the autonomy of the will of the parties. However, practice and doctrine show that many international commercial contracts are formed in conditions of actual inequality of counterparties. The present work is the first comprehensive study of the problem of cross-border bargaining inequality among professional merchants. The aim of the study is to systematize and critically evaluate the effectiveness of legal conditions formulated in the unified acts of international commercial law and private international law to overcome inequality of counterparties at the pre-contractual stage. The study is based on logical, formal-legal and comparative-legal methods. The results and conclusions may be formulated as follows: (1) The set of legal means to resolve the problem of unequal position of the contracting parties is represented by a complex of complementary spheres of unified normative regulation – substantive norms and conflict-of-law norms. (2) Universal conventional legal regulation of the pre-contractual stage has not been developed. (3) Recommendatory acts of substantive unification of commercial law enshrine developed models of regulation of the parties’ conduct in cross-border negotiations. The main legal means to balance the position of the counterparties is the institution of the pre-contractual liability based on the principle of good faith. (4) Both in European law and in Russian law, the conflict-of-law issue is resolved through a combination of non-contractual qualification of the pre-contractual relations and the complex nature of regulation involving the consecutive use of contractual and tort-based connecting factors. (4) Where there is inequality, conflict-of-laws must provide for an equitable solution to situations where the choice of law applicable to each of the contracting parties is not truly free, including permitting a deviation from the

principle of autonomy of will. (5) In the absence of parties' choice of applicable law, the list of criteria for establishing the closest connection between the pre-contractual legal relation and the competent legal order should be expanded: the court should be able to consider the law of the future contractual obligations' place of performance and the law governing other related contracts.

Key words: inequality; international commercial contract; cross-border pre-contractual relations; contract negotiation; autonomy of will; weaker party; UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980; UNIDROIT Principles; Principles of European Contract Law; Rome II Regulation

Conflict of interest. The authors declare no conflict of interest.

Authors' contribution: Fonotova O.V. – concept and structure of the study, search of scientific literature, analysis of the data obtained, writing the text, translation into English; Belyaeva L.E. – collecting and processing materials, searching scientific literature and judicial practice, analyzing the data obtained, writing text, working with bibliographies and footnotes.

Gratitude: This research paper uses the results of the strategic project "Legal Mechanisms to Overcome Inequality", implemented as part of the project research activities of the HSE Faculty of Law in the academic year 2022 – 2023; The study was carried out with the support of SPS ConsultantPlus.

Received: 22nd March 2023

Accepted: 15th October 2023

For citation:

Fonotova, O.V., Belyaeva, L.E. (2023) Bargaining inequality: ways to overcome it in international commercial law and in private international law. *RUDN Journal of Law*. 27 (4), 1043–1064. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-4-1043-1064>

Введение

В регулировании частных коммерческих отношений повсеместно господствует принцип свободы договора, при этом презюмируется юридическое равенство сторон¹. Международное торговое право (МТП) в гораздо большей степени, нежели внутренний правопорядок, основывается на этом подходе, опираясь в том числе на фундаментальную концепцию автономии воли контрагентов. Следуя этой логике, в трансграничных договоренностях и при разрешении международных коммерческих споров данные принципы должны соблюдаться особенно тщательно (Grebelsky, 2021).

Однако в условиях усиления экономического неравенства, распространения практики создания стандартизированных договорных проформ более влиятельными участниками глобального рынка и информационной асимметрии, что отягчается геополитическими сдвигами, социальными потрясениями и финансовыми кризисами, юридическое равенство контрагентов из разных стран разбивается об их фактическое имущественное, политическое и, как следствие, – переговорное неравенство.

Когда отношения сторон выходят за пределы одной юрисдикции, состояние неравенства и его последствия усугубляются. Это обусловлено столкновением в трансграничных коммерческих отношениях сразу нескольких правопорядков и тем, что правовое регулирование в таких юрисдикциях может быть крайне неоднородным. Если во внутренних предпринимательских отношениях переговорные возможности оказываются существенно разбалансированными, идея фактического неравенства служит весомым обоснованием, с одной стороны, для «подразумеваемого» включения некоторых обязательных условий в договор в силу прямого указания закона или,

¹ Подробнее о свободе договора и об автономии воли в договорных отношениях см., напр.: (Karapetov & Saveliev, 2012).

с другой стороны, поводом не придавать обязательную юридическую силу тому или иному договорному положению по решению суда. Во внутреннем обороте такая защита служит хорошим подспорьем переговорщикам, позиции которых ослаблены². Для трансграничной коммерческой сделки такое правило будет действовать далеко не всегда, поскольку применимый правопорядок часто не бывает заранее определен, а в применимом праве, установленном впоследствии судом, не всегда слабая сторона получит желаемую поддержку.

Неравенство сторон будущего договора особенно ярко проявляется на преддоговорной стадии отношений. От того, в какой мере участник переговоров сможет добиться отражения собственной позиции в договоре, во многом зависит положение контрагентов в ходе исполнения договорных обязательств. В ситуации неравных возможностей переговорный этап является главным источником проблем на всем пути реализации заложенных в контракт положений.

Подбор правовых средств с целью обеспечить баланс в ситуации неравенства договаривающихся сторон, когда скрепляющий коммерсантов договор еще отсутствует, является очень непростой задачей. Некоторые исследователи полагают, что в договорном праве в принципе отсутствуют механизмы, позволяющие решить проблему неравенства (Carrigan, 2013). Более того, отдельные авторы убеждены, что договорное право не только отражает, но и усиливает неравенство (Gava, 2013). Чаще же всего проблема неравенства в трансграничных деловых переговорах не исследуется вовсе³. Мы предполагаем, что в комплексе положения унифицированных актов МТП и международного частного права (МЧП) созданы, чтобы служить стержнем для обеспечения равного положения участников трансграничного делового оборота. Цель нашей работы – систематизировать и критически оценить эффективность правовых условий, сформулированных в таких актах, для преодоления неравенства контрагентов на преддоговорной стадии.

Преддоговорная ответственность как правовое средство обеспечения баланса в переговорах

В МТП понятия «неравенство», «неравные переговорные возможности» или «слабая сторона договора» нормативно не определены. Самостоятельная доктрина неравенства контрагентов в науке МТП не представлена. Концепция неравных переговорных возможностей применительно к отношениям между предпринимателями не развита также и на уровне национального договорного права, например, ее нет в договорном праве Англии и Уэльса (McKendrick, 2019:334–335). Следует обратить внимание, что, вероятно, именно в силу слабой доктринальной проработки указанной тематики сколь-либо значимая судебная практика, касающаяся непосредственно проблем переговорного неравенства в трансграничных правоотношениях, не сформирована. Наука (а вслед за ней и правоприменительная практика) преимущественно обращается к связанным с неравенством ситуациям через призму общих частноправовых категорий добросовестности и справедливости, характерных для отдельных

² Категория «слабой стороны» договора, в том числе в сравнительно-правовом контексте, весьма емко и убедительно представлена в современной отечественной доктрине (см., напр.: Volos & Volos, 2019). В настоящей работе мы опираемся на результаты данного и ряда иных трудов и не ставим себе задачу углубиться в изучение указанного правового феномена.

³ Например, ключевые диссертационные исследования отечественных ученых, посвященные доктринальному осмыслению трансграничных преддоговорных отношений, не затрагивают непосредственно проблему неравенства в переговорах (см.: Stepanisheva, 2015; Muratova, 2015).

правовых систем, при этом лидирующее место в данном вопросе занимает концепция преддоговорной ответственности.

Переговоры, предшествующие заключению основного договора между предпринимателями, имеют не всегда очевидные для будущих контрагентов правовые контуры и сопряжены с определенными юридическими последствиями. В силу принципа свободы договора предполагается, что разумные участники гражданско-правовых отношений должны прикладывать усилия к оценке относящихся к договору обстоятельств и нести риски, связанные с недостаточным проявлением активности в ходе согласования условий сделки. При этом стороны вправе преследовать собственные интересы при раскрытии друг другу информации в той степени, в которой они не совершают обман или не вводят контрагента в заблуждение.

Преддоговорный этап характеризуется набором проблем, вытекающих из несбалансированности позиций переговорщиков. В ситуации неравенства разумные ожидания стороны могут оказаться не соответствующими действительности, что приводит к заключению невыгодного для нее договора. При переходе к согласованию существенных условий сделки искажение или умалчивание значимых сведений о предмете договора ставит сторону в неравное положение с ее контрагентом. Возможности одного из участников могут позволить ему необоснованно прервать переговоры и вступить в договорные отношения с другим лицом, в то время как более слабый контрагент, с которым прекратили деловые отношения, мог затратить значительные средства и иные ресурсы на согласование сделки.

Ограничения принципа свободы договора, в частности свободы ведения переговоров, корректируют последствия отмеченных выше проявлений неравенства.

Комплекс норм, обязывающих стороны учитывать интересы друг друга в процессе делового сотрудничества, обычно соотносится с институтом преддоговорной ответственности. Концепция *culpa in contrahendo* (от лат. вина при переговорах) была разработана в XIX в. в германской доктрине (Ihering, 2013), а в настоящее время основанные на ней нормы преддоговорной ответственности имплементированы многими правовыми порядками. Что не менее значимо, такие нормы закреплены в актах нового *lex mercatoria*, составляющих ядро МТП.

Преддоговорная ответственность основывается на нарушении возникающей из закона поведенческой обязанности по добросовестному ведению переговоров. Она имеет самостоятельный характер и не связана с предметом договора (Gnitsevich, 2009:24). Мазур О.В. на основе анализа зарубежной литературы и практики стран континентальной правовой системы объединяет преддоговорные обязанности в две основные группы, связанные с содержанием требования добросовестного поведения в переговорах: обязанность последовательного поведения, не вводящего в заблуждение другого участника переговоров (*duty of consistency*), и обязанность действовать открыто, предоставлять или раскрывать информацию (*duty of transparency / duty of disclosure*); со второй группой в зарубежной доктрине также связывают запрет на извлечение из сделки необоснованных преимуществ в связи с неопытностью или невнимательностью контрагента) (Mazur, 2012:198). Первая обозначенная группа обязанностей и корреспондирующих им прав в рамках института преддоговорной ответственности призвана обеспечить динамику преддоговорных контактов, а вторая – в большей степени сориентирована на создание условий для принятия обоснованного и логичного решения заключить договор, на предотвращение негативных последствий неравенства переговорных возможностей (Boyarskiy, 2022:149).

При реализации института преддоговорной ответственности риск негативных имущественных последствий переносится на недобросовестную сторону, которая должна возместить контрагенту издержки, выплатив убытки. Такой механизм позволяет восстановить утраченный баланс в отношениях переговорщиков.

Регулирование преддоговорных отношений в унифицированных актах МТП

В международных коммерческих отношениях стандарты поведения контрагентов варьируются в зависимости от сферы бизнеса и зачастую отличаются от аналогичных национальных стандартов⁴. Примечательно, что концепция *culpa in contrahendo* для целей международного оборота обособляется в международных нормативных актах⁵ в самостоятельный правовой институт, и ее толкование в таком качестве не обязательно должно производиться в значении какого-либо национального законодательства, но может осуществляться независимо от внутренних правовых норм.

Основополагающий международный нормативный правовой акт, который содержит некоторые ориентиры для правового регулирования преддоговорной стадии в трансграничных коммерческих отношениях, является Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (Конвенция, Венская конвенция)⁶. Статья 7 Конвенции закрепляет принцип добросовестности в международной торговле, который широко применяется на практике (Муратова, 2019). Ряд статей этого документа (ст. 14–24) посвящен порядку заключения международного коммерческого договора: квалификации, вступлению договора в силу, направлению и отзыву оферты и акцепта, ответу на оферту, последствиям несоблюдения установленных сроков и т.д. При этом прямых упоминаний о преддоговорных отношениях текст Конвенции не содержит. В соответствии со ст. 7 вопросы, которые относятся к предмету конвенционного регулирования, но при этом прямо в документе не отражены, должны быть разрешены либо в соответствии с общими принципами, на которых Конвенция основана, либо, в отсутствие таковых, – в соответствии с правом, которое будет применимо согласно нормам МЧП.

Как констатируют исследователи (Guillemard, 1994:55), профессиональные участники рынка на преддоговорной стадии редко заключают юридически обязывающие соглашения о намерениях, соглашения о порядке ведения переговоров, оставляя тем самым урегулирование будущих противоречий на усмотрение судов и международных коммерческих арбитражей. Таким образом, если стороны не договорились об ином, большинство вопросов в рамках преддоговорных отношений и преддоговорной ответственности подлежит разрешению в соответствии с нормами применимого национального правопорядка. Видится, что такой подход может оказаться неподходящим для защиты слабой стороны переговоров хотя бы потому, что ни один

⁴ Art. 1.7. of the UNIDROIT Principles. Comment 3. Режим доступа: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf> (дата обращения: 23.02.2023).

⁵ Например, такое указание дает Регламент Европейского союза № 864/2007 «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» (Рим II), о котором мы подробнее поговорим далее.

⁶ Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (принята в г. Вене, Австрия, на Конференции ООН по договорам международной купли-продажи товаров 11 апреля 1980 г.). Российская Федерация является участницей Конвенции как правопреемник СССР. Здесь и далее источник опубликования российских нормативно-правовых актов и судебных актов // СПС «КонсультантПлюс».

национальный правопорядок самостоятельно не способен в достаточной степени учесть особый характер трансграничных торговых связей.

Несмотря на указанную общую формулу Венской конвенции и отсылку к национальному праву, следует отметить, что ее положения в определенных обстоятельствах должны непосредственно быть приняты во внимание судьями и арбитрами в спорах, вытекающих из ведения переговоров о заключении договора. Так, ст. 16 Конвенции выделяет случаи, когда отзыв оферты невозможен. По смыслу данного нормативного акта за нарушение указанной нормы наступает договорная ответственность за неисполнение обязанностей по договору (Moura Dário, 2003:708). Аналогичным образом в случае, когда на преддоговорной стадии покупатель не знал и не мог знать о том, что товар не соответствует договору, продавец будет нести ответственность не по правилам национальных правопорядков о преддоговорной ответственности, а за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по договору (ст. 35 Конвенции).

Важно напомнить, что, несмотря на кажущийся широкий географический охват Венской конвенции⁷, остаются значимые для современного делового оборота страны, такие как Великобритания, Индия, Катар, Саудовская Аравия, Казахстан, Пакистан, ЮАР, которые не присоединились к ней. В связи с этим значение Конвенции может быть сведено к нулю для правоотношений с контрагентами из таких юрисдикций, если только договаривающиеся стороны прямо не согласуют ее применение. Более того, рассматриваемый акт посвящен исключительно договорам купли-продажи товаров, что также в некоторой степени сужает сферу его применения.

Для целей упорядочения трансграничного оборота, более точного отражения и более широкого охвата видов и этапов договорных отношений, включая стадию переговоров, авторитетные международные и региональные организации и научные центры разработали специальные унифицированные акты «мягкого права», относимые также к новому *lex mercatoria*. Речь идет о результатах частноправовой унификации, нашедших отражение в уже завоевавших признание деловых кругов, судов и арбитражей Принципах международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА)⁸, и более академических, но занимающих прочные позиции в законодательном плане Принципах европейского договорного права⁹ (ПЕДП)¹⁰. Кроме того, стоит назвать менее распространенные на практике, но представляющие несомненный исследовательский интерес Модельные правила европейского частного права (Модельные правила)¹¹, Принципы СЕНТРАЛ¹², проект Единообразного акта об общем коммерческом праве для стран, входящих в Организацию по гармонизации

⁷ По состоянию на 15 июня 2023 г. участницами Венской конвенции являются 95 стран. Режим доступа: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (дата обращения: 23.02.2023).

⁸ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC). В настоящее время документ действует в редакции 2016 г. Режим доступа: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/> (дата обращения: 23.02.2023).

⁹ Principles of European Contract Law (PECL). Режим доступа: https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/ (дата обращения: 23.02.2023).

¹⁰ Данные и некоторые другие источники современного *lex mercatoria* опубликованы в удобном для восприятия формате: в оригинальной редакции на английском языке, сопровождаемой параллельным переводом на русский язык, кафедрой коммерческого права и основ правоведения МГУ имени М.В. Ломоносова. См.: (Puginskiy & Amirov, 2023).

¹¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference). Режим доступа: https://www.trans-lex.org/400725/_outline-edition-/ (дата обращения: 23.02.2023).

¹² Свод принципов, правил и норм *lex mercatoria* СЕНТРАЛ (перевод на русский язык). См.: (Puginskiy & Amirov, 2023:145–177).

коммерческого права в Африке (OHADA) 2011 г.¹³, проект Принципов международных коммерческих контрактов для стран, входящих в Организацию по гармонизации предпринимательского права в странах Карибского бассейна (OHADAC) 2015 г.¹⁴ Следует заметить, что Принципам УНИДРУА уделяется значительно больше внимания как в литературе, так и в юридической практике. Думается, это во многом связано с тем, что ПЕДП, как и европейские Модельные правила, несмотря на свою универсальность, создавались для унификации *европейского* договорного (частного) права, и поэтому воспринимаются как инструменты регулирования региональных отношений в рамках европейского континента. Прочие указанные выше акты слабо представлены в отечественной доктрине, и перспективы их влияния на трансграничные отношения с участием российских предпринимателей еще предстоит осмыслить. Мы остановимся на наиболее известных в России актах: Принципах УНИДРУА, ПЕДП и Модельных правилах.

Принцип добросовестности закреплен в каждом из указанных трех рекомендательных документов. Согласно ст. 1:201 ПЕДП каждая сторона, вступающая в отношения международной торговли, должна действовать в соответствии с принципом добросовестности и честной деловой практики. Источником такой обязанности в Принципах УНИДРУА является ст. 1.7, а в Модельных правилах – ст. I.–1:103 (причем в этой норме дается также определение добросовестности и честной деловой практики).

Последовательно раскрывая обязанность действовать добросовестно, акты унификации устанавливают ответственность за недобросовестность в переговорах (например, ст. 2:301 ПЕДП; ст. 2.1.15 (2) Принципов УНИДРУА; ст. II.–3:301(2) Модельных правил). Статьи 2:301, 2:302 ПЕДП, статьи 2.1.15 (3), 2.1.16 Принципов УНИДРУА, ст. II.–3:301 (3;4), II.–3:302 Модельных правил выделяют виды недобросовестного поведения, за которые наступает ответственность в виде возмещения убытков: это вступление в переговоры без фактического намерения достичь соглашения с контрагентом; неправомерное прерывание переговоров; разглашение или недобросовестное использование информации, которая в ходе переговоров преподносится стороне как конфиденциальная.

Статьи 3.2.2, 3.2.5, 3.2.7 Принципов УНИДРУА описывают основания для оспаривания договора. В качестве таковых названы существенное заблуждение (*mistake*), обман (*fraud*), существенное неравновесие (*gross disparity*). Вне зависимости от того, был ли договор оспорен, сторона, которая знала или должна была знать об этих основаниях, обязана возместить убытки, возникшие у контрагента вследствие недобросовестного поведения (ст. 3.2.16 Принципов УНИДРУА). Согласно статьям 4:106 и 4:107 ПЕДП об обмане ответственность возлагается на сторону, склонившую контрагента к заключению договора путем введения в заблуждение или намеренного сокрытия информации.

Более подробное регулирование информационных обязательств содержат Модельные правила. Статьями II.–3:301 – II.–3:109 регулируется порядок исполнения участниками оборота отдельных информационных обязанностей на преддоговорном этапе (например, обязанности по раскрытию информации о товарах, ином имуществе, услугах; обязанности по предоставлению соответствующей информации при

¹³ General commercial law. Режим доступа: <https://www.ohada.org/en/general-commercial-law/> (дата обращения: 23.02.2023).

¹⁴ OHADAC Principles on international commercial contracts. Режим доступа: <https://www.ohadac.com/textes/2/ohadac-principles-on-international-commercial-contracts.html> (дата обращения: 23.02.2023).

дистанционном заключении договора и т.д.). Ст. II.–7:204 возлагает ответственность в виде возмещения убытков на сторону, которая в процессе переговоров предоставила контрагенту неверную информацию, (а) предполагая, что такая информация была неверной / не имея разумных оснований считать ее верной, (б) зная или разумно полагая, что получатель будет учитывать эти сведения при принятии решения заключить договор. В ст. II.–7:205 определены критерии раскрытия информации. Например, участникам оборота надлежит учитывать компетентность контрагента в данной области, оценивать его затраты на получение необходимой информации, а также наличие у него иных способов получения подобных сведений, осознавать важность такой информации для контрагента, которая очевидна для договаривающейся стороны.

Многие национальные кодексы частного права заимствовали правила о переговорах, содержащиеся в Принципах УНИДРУА. В результате такой миграции норм из МТП в национальное гражданское право стандарты регулирования из международной среды перетекают в более широкий круг внутренних частных отношений. Например, в Гражданский кодекс Литвы инкорпорировано положение о том, что переговоры необходимо вести в соответствии с принципом добросовестности¹⁵, аналогичное ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА. Примечательно, что, разрешая спор между двумя литовскими строительными компаниями, одна из которых прервала переговоры непосредственно перед подписанием контракта, местный суд сослался не только на норму кодекса, но и на соответствующую статью Принципов УНИДРУА и комментарии к ней¹⁶. Такой подход демонстрирует универсальность данного документа, его важнейшее значение и эффективность в том числе для внутренних договорных отношений коммерсантов.

Известны случаи, когда суды опираются на Принципы УНИДРУА, чтобы восполнить пробелы национального законодательства и несовершенство судебной практики по вопросам переговорных обязательств. В 2008 г. (то есть до того, как в российский Гражданский кодекс был введен принцип добросовестности) Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС при ТПП РФ) отказал в удовлетворении иска российского ОАО «Газпром» к молдавскому АО «Молдовагаз» о взыскании долга по договору поставки газа. Среди прочего арбитраж указал на то, что принцип добросовестности и добросовестного ведения дел, определяемый в международных коммерческих отношениях как основополагающий принцип (здесь МКАС при ТПП РФ сослался на пункты 1–3 Комментариев к ст. 1.7 Принципов УНИДРУА), должен быть распространен на поведение сторон на всем протяжении их отношений, начиная с переговоров по заключению контракта и заканчивая стадией урегулирования разногласий, возникающих при исполнении контракта, т.е. досудебной стадией¹⁷.

Как известно, в качестве применимого права в общем объеме международных коммерческих контрактов Принципы УНИДРУА фигурируют крайне редко (только в 0,6 проценте дел) (Schwenzer, 2016:67). Гораздо более распространенной является тактика, когда, обращаясь в арбитраж, стороны просят арбитров наряду с нормами национального права учесть соответствующие авторитетные международные акты.

¹⁵ Civil Code of the Republic of Lithuania. Режим доступа: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.245495> (дата обращения: 24.02.2023).

¹⁶ Supreme Court of Lithuania 3K-3-38/19-01-2005. UAB “Vingio kino teatras” v. UAB “Eika”. Режим доступа: <http://www.unilex.info/principles/case/1181> (дата обращения: 24.02.2023).

¹⁷ МКАС при ТПП РФ. Решение от 08 февраля 2008 г. №18/2007.

Например, в 1996 г. Международный арбитражный суд при Международной торговой палате (ICC International Court of Arbitration) рассматривал спор между поставщиком телевизионного оборудования из США и производителем телекоммуникационных кабелей с Ближнего Востока¹⁸. Стороны заключили предварительное тендерное соглашение, предписывающее вести переговоры о заключении договора поставки кабелей добросовестно, в случае если заявка поставщика на позицию генерального подрядчика для реализации проекта расширения телекоммуникаций будет удовлетворена. О применимом праве стороны не договорились. После череды бесплодных попыток прийти к консенсусу истец решил расторгнуть предварительное соглашение. Ответчик в числе прочих требований просил состав арбитража принять во внимание основные начала права международных коммерческих контрактов, закрепленные в Принципах УНИДРУА. Состав арбитража поддержал данное обращение и, сославшись, в частности, на статьи 1.1., 1.3, 2.1.15 Принципов УНИДРУА, обязал стороны возвратиться к переговорному процессу и добиться результата в соответствии с параметрами, установленными в предварительном соглашении сторон.

Унифицированные акты «мягкого» МТП содержат примеры наиболее предпочтительных деловых практик. Однако они остаются документами рекомендательного характера, и их юридический эффект во многом зависит от воли контрагентов. По общему правилу положения таких актов не связывают ни стороны международных коммерческих отношений (до тех пор, пока те сами не договорились об этом), ни рассматривающие спор форумы.

Регулирование преддоговорных отношений в унифицированных актах МЧП

Несмотря на необходимость в гармонизации частноправовых трансграничных отношений, в МЧП по-прежнему господствует сильная тенденция их «национализации»: участникам оборота выгодно, чтобы их отношения подчинялись какому-то конкретному правопорядку (Bonell, 2018:17). Это удобно и судьям: с точки зрения обычного судьи, договор или контрактное нарушение в первую очередь охватывается регулированием определенной правовой системы (Novoselova & Lomakina, 2014).

В условиях неполноты материально-правового регулирования и отсутствия всеобъемлющего конвенционального регулирования коллизионные нормы «могут иметь значение в борьбе с неравенством» (Michaels & Ruiz Abou-Nigm, 2021:320). В судебной и арбитражной практике разрешения международных коммерческих споров коллизионному методу по-прежнему отдается больше предпочтения (Getman-Pavlova, 2023:59) по сравнению с негосударственным материальным регулированием. Подчеркивая значимость коллизионного права для договора, зарубежные ученые отмечают: «коллизионная привязка, связывающая контракт с законодательством конкретной страны, может помочь в увеличении роста доходов и в снижении неравенства результатов, или может иметь противоположный эффект» (Michaels & Ruiz Abou-Nigm, 2021:326).

В связи с этим важно обсудить образцы международного опыта коллизионного регулирования преддоговорных отношений. Особенную роль в унификации международного коллизионного права для преддоговорного этапа сыграл вступивший в

¹⁸ ICC Arbitral Award 8540/1996. Режим доступа: <http://www.unilex.info/principles/case/644> (дата обращения: 24.02.2023).

силу в 2009 г. Регламент Европейского союза № 864/2007 «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» (Рим II, Регламент)¹⁹. В нем «первые в истории международного частного права» (Zykin, Asoskov & Zhylytsov (eds.), 2021:495) было представлено решение коллизионного вопроса о праве, применимом к деловым переговорам, предшествующим заключению договора. Напомним, что данный документ предназначен для государств-членов Европейского союза, однако сформулированные в нем нормы имеют достаточно универсальный характер и могут быть использованы иными субъектами МЧП.

Сфера регулирования Регламента охватывает нарушения, не подчиненные соглашению сторон о ведении переговоров и не связанные с данными на преддоговорном этапе обещаниями (Hage-Chahine, 2012:489–490) (это уже сфера действия другого европейского регламента²⁰). Правила Рим II распространяются на ситуации, связанные с неисполнением обязанностей информировать и соблюдать конфиденциальность (*duty of disclosure*), на случаи срыва переговоров о заключении договора (*breakdown of contractual negotiations*), а также на иные варианты недобросовестного поведения, непосредственно затрагивающие ход деловых переговоров²¹. К таким иным обстоятельствам, на которые распространяется коллизионное регулирование Рим II, исследователи относят поведение сторон, влияющее на формирование условий договора в ходе переговоров и (или) формирующее у контрагента существенное заблуждение относительно условий договора, способное послужить основанием для его недействительности или направленное на то, чтобы сорвать заключение договора (Hage-Chahine, 2012:494–495).

Идея разработчиков Регламента состояла в предоставлении возможности отвлечься от разносторонних доктринальных позиций отдельных европейских стран и создать инструмент, который помогает с большей долей вероятности решить коллизионную проблему определения применимого права в преддоговорных спорах. Следуя практике Европейского суда справедливости²² и стремясь усилить правовую определенность, авторы Рим II отходят от традиционной «двухступенчатой» (Hage-Chahine, 2012:465) схемы решения коллизионной проблемы, принятой в континентальных правовых системах. Преддоговорным отношениям в Регламенте изначально дана квалификация как разновидности внедоговорных обязательств, поскольку регулирование преддоговорной ответственности помещено в раздел о внедоговорных обязательствах. Такой подход европейского законодателя позволяет правоприменителю разрешить спор более оперативно и сразу перейти к установлению применимого к правоотношениям права, не задерживаясь на проблеме квалификации.

В соответствии со ст. 12 Регламента к возникающим вследствие деловых переговоров о заключении договора внедоговорным обязательствам, что, кстати, не ставится в зависимость от того, был ли фактически заключен договор, в приоритетном

¹⁹ Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). Режим доступа: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864> (дата обращения: 23.02.2023).

²⁰ Речь идет о Регламенте (ЕС) № 593/2008 о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам (Рим I), Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Режим доступа: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593&qid=1677607481953> (дата обращения: 23.02.2023).

²¹ П. 30 Преамбулы Рим II.

²² Case C-334/00 *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v H Wagner Sinto Maschinen-fabrik GmbH (HWS)* [2002] ECR I-7357, JCP 2003 I 152 obs G Viney, Defr 2003 no 13 obs R Libchaber. Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-334/00> (дата обращения: 23.02.2023).

порядке применяется право заключенного договора сторон (*lex contractus finalis*) или право, которое бы подлежало применению к нему, если бы договор был заключен (*lex contractus putativus*).

Как указано в ст. 3 Регламента Рим I, регулирующего договорные отношения, контрагенты обладают автономией воли в вопросе выбора права для договора. Но данный принцип позволяет более опытным (и зачастую более обеспеченным) физическим лицам и корпорациям перемещаться между правовыми системами таким образом, чтобы сохранить, консолидировать или увеличить капитал (Pistor, 2019). Поэтому следует согласиться, что широкое признание в МЧП автономии воли сторон в качестве основной коллизионной привязки влечет увеличение или, по крайней мере, поддержание уровня неравенства, но не его снижение (Michaels, & Ruiz Abou-Nigm, 2021: 327).

Если стороны не согласовали применимое право, то в зависимости от вида договора применяются специальные коллизионные правила (статьи 5–8 Рим I). В случае безрезультатности применения этих критериев считается, что договор должен регулироваться правом страны, в которой находится обычное место нахождения стороны, осуществляющей решающее для содержания договора исполнение. Когда и таким образом применимое право установить не удалось, или если произведенный таким образом выбор окажется некорректным по ряду установленных регламентом Рим I причин, используется принцип наиболее тесной связи.

В отношении вышеуказанного подхода западные правоведы высказывают вполне обоснованные сомнения с точки зрения его пригодности для обеспечения равенства позиций договаривающихся лиц. Европейский коллизионный подход подвергается критике за то, что он может слишком легко склонить баланс в пользу более сильной стороны: продавца, исполнителя и т.д. Это никак не будет способствовать снижению неравенства. В частности, такие негативные последствия может иметь тот факт, что коллизионные нормы Рим I отсылают не к месту исполнения договора, а к месту обычного нахождения стороны, осуществляющей исполнение (для предпринимателя – к основному месту ведения бизнеса, для юридического лица – к месту нахождения центрального органа управления) (Michaels, & Ruiz Abou-Nigm, 2021:329). Точкой отсчета обычно служит место нахождения лица в момент заключения договора.

В этой связи эксперты призывают к совершенствованию коллизионных норм о договорах с тем, чтобы категория «тесной связи» предусматривала также юрисдикцию, в которой происходит исполнение договора, и чтобы при этом суд учитывал мнение слабого участника спора по данному вопросу (Michaels, & Ruiz Abou-Nigm, 2021:346). Кроме того, при установлении «тесной связи» следует задействовать более широкий спектр факторов, связанных с договором, включая применимое право для других договоров (в договорной цепочке поставок, цепочке создания стоимости), право, которое обычно регулирует договорные отношения коммерсантов в данной отрасли экономики, и др. Возможность такого выбора должна быть закреплена в законодательстве. Эту логику правильно было бы распространить и на преддоговорные отношения.

Справедливо будет обратить внимание, что разработчики европейского законодательства, конечно, в определенной степени стремились учесть интересы менее защищенных участников договорных (а – следовательно – и преддоговорных) отношений, определив следующее: «что касается договоров, заключенных со сторонами,

считающимися более слабыми, то эти стороны должны быть защищены коллизионными нормами, которые более благоприятны для их интересов, чем общие нормы»²³. Однако речь идет о *юридически* более слабом участнике договора: потребителе, лице, вступающем в договор присоединения, работнике и проч., поскольку Рим I раскрывает более подробно особенности и ограничения выбора применимого права именно для данных сторон правоотношений, не распространяя напрямую такой подход на случаи неравенства *фактического*, характерного для трансграничных коммерческих связей. Не стоит также забывать, что для Рим I принципиален примат выбора права сторонами контракта²⁴, отраженного в тексте договора, которому по общему правилу (то есть практически всегда) отдается приоритет по отношению к прочим коллизионным привязкам.

В этой связи важно наделить судей большим пространством для маневра при выборе правопорядка, регулирующего отношения договаривающихся сторон, с учетом необходимости защиты интересов фактически менее защищенной стороны коммерческих переговоров. Считаем, такой подход следовало бы распространить на случаи навязанного выбора применимого права к договору, при котором действительная воля одной из сторон не была надлежащим образом рассмотрена и учтена. Например, усмотрение судей в Европейском союзе очерчено рамками известной концепции «наиболее тесной связи», и притом даже эти возможности сформулированы в европейском законодательстве очень осторожно²⁵. Мы убеждены, что расширительный подход способствовал бы обеспечению равенства участников трансграничных отношений и в российском правосудии.

Если, несмотря на весьма обширный спектр связующих факторов, определить применимое право на основании договорной привязки не представляется возможным, то применимое для преддоговорных отношений (и для преддоговорной ответственности) право определяется по правилам, которые используются для обязательств из причинения вреда.

Регламент Рим II не разъясняет, какие конкретно обстоятельства могут не позволить суду установить применимое право на основании договорной привязки. Велика вероятность, что достаточно подробная система норм, разработанная для поиска регулирующего договор права, в целом оставляет крайне мало возможностей для такого исхода²⁶. Однако современная судебная практика европейских стран демонстрирует опыт, свидетельствующий об обратном. Так, в споре о преддоговорной ответственности между итальянской компанией (истец) и компанией из Словении (ответчик), рассмотренном в 2018 г., итальянский суд решил, что определить применимое право к переговорам сторон, руководствуясь договорными привязками, не представляется возможным. Спор касался правовых последствий незаключения договора о совместной деятельности (сотрудничестве) между истцом и ответчиком по строительству складского терминала в порту на территории Словении. С предложением о заключении такого договора выступил ответчик, пригласив истца

²³ П. 23 Преамбулы Рим I.

²⁴ П. 11 Преамбулы Рим I.

²⁵ П. 16 Преамбулы Рим I устанавливает, что «...суды должны сохранять определенную степень свободы усмотрения для определения права, которое наиболее тесно связано с конкретной ситуацией».

²⁶ Ведущие отечественные правоведы убеждены, что необходимость обращения к деликтным привязкам может возникнуть в исключительно редких случаях. См.: Комментарий к разделу VI «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). Указ. соч. С. 502.

к совместному участию в тендере, организованном заказчиком строительства. В данном деле суд определил применимое право, используя деликтную привязку (п. 2 ст. 12 Регламента Рим II), причем таким правом было установлено право страны истца, то есть право Италии²⁷.

Согласно п. 2 ст. 12 Рим II суд вправе использовать любой из следующих деликтных критериев для определения применимого права: (1) право страны, где наступает вред; или (2) право страны, в которой в момент возникновения юридического факта, влекущего наступление вреда, обе стороны имеют свое обычное место жительства (для физических лиц) / место нахождения центрального органа управления (для юридических лиц) / место ведения бизнеса (для индивидуальных предпринимателей), или (3) право страны, с которой внедоговорное обязательство, возникающее вследствие ведения переговоров о заключении договора, имеет более тесную связь, чем та, которая указана в предыдущих пунктах. Выбор суда ограничен данными положениями, проявить инициативу в вопросе выбора какого-либо иного правопорядка с тем, чтобы наилучшим образом защитить слабую сторону переговоров, суд не вправе. Предпочтение европейские суды, как правило, отдают первой привязке, выбирая применимое право по месту наступления вреда (Zykin, Asoskov & Zhyltsov (eds.), 2021:503).

Наличие тандема из договорной и деликтной привязок для регулирования преддоговорных контактов предполагает довольно сложный процесс поиска подходящего правопорядка и не вносит требуемой правовой определенности. Европейский подход наделен и иными чертами, которые могут усилить неравенство. Так, поскольку три деликтные привязки п. 2 ст. 12 Рим II указаны через союз «или», в конечном итоге может возникнуть ситуация, в которой одна сторона ради установления наиболее выгодного правопорядка будет доказывать, что право, подлежащее применению к договору, не может быть установлено (или что его применение к преддоговорным отношениям будет противоречить существу отношений), и спекулировать наиболее выгодными для нее деликтными критериями. Именно так произошло в описанном выше споре между итальянской и словенской компаниями, в котором итальянский суд, поддерживая аргументы истца – итальянской компании, не нашел оснований для применения договорного статута для преддоговорных отношений и поддержал выбор итальянского применимого права, определив его как *lex loci damni*, в отсутствие каких-либо иных фактических оснований, кроме утверждений истца о якобы понесенном ущербе по месту его нахождения²⁸.

Согласно Регламенту суд может определить по собственному усмотрению применимое право, наиболее отвечающее интересам слабой стороны, но использовать такое право суду допустимо только в ситуации, когда стороны осуществили выбор применимого права для регулирования преддоговорных отношений²⁹. Если переговоры выбор не сделали, суд жестко связан коллизионными нормами п. 2 ст. 12 Рим II.

²⁷ Tribunale di Udine del 10 Agosto 2018, N. 1011. Описание дела приводится в обзоре Британского института международного и сравнительного права от 4 октября 2021 г.: Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations, dated 04 October 2021. pp. 319–320. Режим доступа: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/11043f63-200c-11ec-bd8e-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-282482931> (дата обращения: 23.02.2023).

²⁸ Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations, dated 04 October 2021. *Op. cit.*

²⁹ П. 31 Преамбулы Рим II.

Еще один международный документ, затрагивающий вопросы коллизионного регулирования преддоговорной стадии – это Принципы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах (Принципы)³⁰. Являясь актом негосударственной унификации, Принципы имеют рекомендательный характер. Они схожи в структурном плане с Принципами УНИДРУА (Zykin, 2016:76).

Выбор применимого права для преддоговорного этапа сформулирован в документе весьма лаконично: преддоговорным отношениям в нем посвящен всего один краткий подпункт (g) п. 1 ст. 9. Данная норма распространяет действие выбранного сторонами в договоре права в том числе и на «обязательства, существовавшие до заключения договора». Стоит отметить, что Принципы охватывают лишь малую долю вопросов, связанных с регулированием договорных обязательств в международных коммерческих отношениях, и не затрагивают проблемы выбора права при отсутствии соответствующего соглашения сторон, что заметно умаляет их значимость.

Как показывает сравнительный анализ, наиболее прогрессивное регулирование представлено в другом юридически необязательном документе – Конвенции о выборе права, применимого к договорам международной купли-продажи товаров, заключенной в Гааге в 1986 г. (Гаагская конвенция)³¹, но так и не вступившей в силу³². В отличие предыдущих рассмотренных нами актов, Гаагская конвенция в ст. 8 установила иной баланс в договорном статуте. Как и в других актах МЧП, отправной точкой (при отсутствии выбора сторон) служит право страны места нахождения предприятия *продавца*. При этом Гаагская конвенция ломает общепризнанную модель, указывая следующее: если в договоре прямо предусмотрено, что продавец должен поставить товар в государство местонахождения коммерческого предприятия покупателя, применяется право страны *покупателя*. В пояснительном отчете к Гаагской конвенции отмечается, что данная норма была введена по предложению делегации Алжира, представители которой утверждали, что это «единственное достижение развивающихся стран, которые часто являются покупателями и желают, чтобы применялось право покупателя, по крайней мере, в определенных случаях»³³. Таким образом, Гаагская конвенция выделяется из числа других актов МЧП тем, что она не всегда поддерживает право более сильной стороны, которой нередко является продавец. Этот подход способен привести к более равноправному

³⁰ Принципы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах (утверждены 19 марта 2015 г.). Режим доступа: <https://assets.hcch.net/docs/eb2202fd-47c9-4e73-ab0f-cbf2b4057d8f.pdf> (дата обращения: 23.02.2023).

³¹ Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods. Режим доступа: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=61> (дата обращения: 23.02.2023).

³² За рамками настоящей статьи остались иные международные акты коллизионного регулирования и инициативы в этой связи, представляющие определенный интерес и нуждающиеся в отдельном исследовании. Это Второй свод законов коллизионного права США 1971 г. (the U.S. Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971)) и проект Третьего свода законов коллизионного права этой страны, Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным договорам, 1994 г. (Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (1994)), Проект Типового закона о международном частном праве Организации по гармонизации предпринимательского права в странах Карибского бассейна 2014 г. (OHADAC Draft Model Law of Private International Law (2014)), проект Африканских принципов в отношении права, применимого к международным коммерческим договорам, 2020 г. (the draft African Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts (2020)).

³³ Von Mehren A.T., Convention on the Law Applicable to the International Sale of Goods: Explanatory Report (1987) para. 70, цитата из материалов заседания Специальной комиссии.

обеспечению интересов сторон переговоров и к достижению более сбалансированного правового результата.

Сказанное позволяет констатировать, что потенциал МЧП в деле обеспечения равенства участников переговоров о заключении договора используется не в полной мере. Унифицированное европейское коллизионное регулирование преддоговорной ответственности делает сильный акцент на автономию воли сторон, что, может, не всегда идет на пользу слабому участнику переговоров, а возможности судов в части применения собственного усмотрения существенно ограничены законом. Рекомендательные принципы и нормы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах, дают некоторые ориентиры для правовой локализации деловых контактов до заключения основного договора, однако содержащееся в них регулирование преддоговорных отношений является либо неполным, либо не подкрепленным правовой силой, а оттого недействительным.

В тех случаях, когда стороны не сделали самостоятельный и свободный выбор применимого права, необходимо, чтобы равенство результатов переговоров для каждой из сторон имело столь же важное значение, как и правовая определенность, но нельзя допустить, чтобы это равенство от нее всецело зависело. Другими словами, коллизионные привязки не должны слишком жестко отсылать, например, к праву места обычного нахождения стороны, осуществляющей характерное исполнение; здесь следует также принимать во внимание другие обстоятельства, указывающие на иную правовую систему, которая может быть более приемлема в данных условиях (например, право по месту *исполнения* договора для договорной коллизионной нормы, или наиболее благоприятное для слабой стороны право, применимое к другим контрактам в цепочке поставок, или право по месту ведения переговоров, если договор не был заключен или его будущее содержание неопределенно, и проч.). Кроме того, при подобном выборе должно учитываться мнение более уязвимой стороны переговоров. Гаагская конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, предлагает более равноправный выбор для таких ситуаций.

Наконец, для исключительных случаев, в которых неравенство все же порождается использованием имеющихся коллизионных норм, государства могут прибегнуть к публичному порядку и квалифицировать определенные внутренние или международные нормы, защищающие слабую сторону, как нормы непосредственного применения или отказать в применении определенных иностранных норм в силу действия публичного порядка. Однако этот способ уравнивает положение сторон *ex post*, и в этом смысле он менее удобен и гораздо менее предсказуем, нежели закон, обеспечивающий равенство в переговорах *ex ante*. Думается, на такой порядок следует полагаться в качестве крайней меры противодействия переговорному неравенству.

Сближение российского законодательства о деловых переговорах с унифицированными актами МТП и МЧП

После реформы 2015 г. глава 28 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ)³⁴ о заключении договора пополнилась ст. 434.1 «Переговоры о заключении

³⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (с изменениями).

договора». Если толковать гражданский закон системно, то источником правовой идеи преддоговорных отношений в России является п. 3 ст. 307 ГК РФ, закрепляющий обязанность действовать добросовестно в том числе и при установлении обязательства (Nam, 2019). Названное положение накладывает на стороны дополнительные обязанности по оказанию необходимого содействия для достижения цели обязательства, по предоставлению друг другу необходимой информации, а ст. 434.1 ГК РФ является развитием этих обязанностей.

В ней выделяются такие же, как в Принципах УНИДРУА и в ПЕДП, три общих основания – случая наступления преддоговорной ответственности: нераскрытие значимой для заключения договора информации или обман на преддоговорной стадии (пп. 1 п. 2 ст. 434.1 ГК РФ), непоследовательное поведение стороны, выражающееся в прерывании переговоров на поздней стадии без веских оснований или вступление в переговоры и их продолжение в отсутствие намерения заключить договор (пп. 2 п. 2 ст. 434.1 ГК РФ), несоблюдение конфиденциальности предоставленных контрагенту сведений (п. 4 ст. 434.1 ГК РФ). В случае применения к трансграничной преддоговорной ответственности российского права суд будет руководствоваться вышеуказанными положениями.

Вопросам коллизионного поиска надлежащего правопорядка для рассматриваемых отношений посвящена введенная в отечественное гражданское законодательство ст. 1222.1 ГК РФ (заметим, что данная норма появилась раньше оформления в российском законодательстве преддоговорной ответственности, что отражает относительную прогрессивность российского МЧП). Следуя логике ст. 12 Регламента Рим II, ст. 1222.1 ГК РФ устанавливает, что к обязательствам, которые возникают вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора, применяется либо право договора, либо право предполагаемого договора в зависимости от того, был договор заключен или нет. Применение деликтной привязки возможно в субсидиарном порядке. Таким образом, для регулирования преддоговорных отношений гражданское законодательство РФ предлагает каскад коллизионных норм, в целом схожий с тем, что содержится в европейском праве. При этом между российской и европейской системами регулирования преддоговорной ответственности имеются некоторые расхождения.

В отличие от европейской «альтернативной» модели ГК РФ располагает деликтные привязки для преддоговорных отношений в более строгом иерархическом порядке. Такой подход, на наш взгляд, позволяет обеспечить большую предсказуемость и стройность правового регулирования. Еще одно преимущество российского правопорядка по сравнению с европейским заключается в том, что в разъяснениях высшего российского судебного органа конкретизируются правоотношения, не позволяющие определить право, применимое к договору, и – следовательно – для которых выбор применимого права должен вестись не по договорной, а по деликтной модели. В абз. 3 п. 55 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24 «О применении норм международного частного права судами РФ»³⁵ в качестве иллюстрации приводится ситуация, когда стороны при переговорах о заключении договора простого товарищества не смогли согласовать ни условие о применимом праве, ни место, где будет вестись деятельность простого товарищества. Таким образом, выход на второй уровень (деликтной привязки) возможен тогда,

³⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации».

когда отношения сторон настолько неопределенные, что нельзя с точностью установить фактические обстоятельства (например, сторону, осуществляющую характерное исполнение), которые бы позволяли определить применимое право по правилам п. 1 ст. 1222.1 ГК РФ. Вероятнее всего, такие случаи будут достаточно редкими. Тем не менее изложение примера из деловой практики положительно характеризует отечественного правоприменителя и добавляет определенности судебной практике.

ГК РФ содержит при этом один существенный недостаток по сравнению с регулированием Рим II. Если все же возникнет необходимость применять деликтные привязки, то согласно п. 1 ст. 1219 ГК РФ российский суд в первую очередь должен обратиться не к праву страны, где наступает вред (*lex loci damni*), как сделали бы в большинстве случаев европейские суды на основе Регламента Рим II, а к праву страны, где имело место обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда (*lex loci delicti commissi*). Логика европейского законодателя заключалась в том, что во втором случае необходимые для разрешения спора факторы относятся к разным странам, что порождает неопределенность, тогда как связь с местом наступления вреда является решением достаточно справедливым и обеспечивающим должную предсказуемость (Zhang, 2009:864).

Таким образом, российский гражданский закон закрепил менее удобную для применения коллизионную привязку. Говоря о преддоговорной стадии, представляется крайне затруднительным, например, определять место совершения нарушения, когда стороны решают вопросы посредством переписки, или созваниваясь по аудио- или видеосвязи, а фактически находятся в разных юрисдикциях. Приоритет *lex loci delicti commissi* не соответствует характеру преддоговорных отношений и видится не самым гибким дополнением к основному способу определения права для преддоговорных отношений (через право договора)³⁶. Следует расширить возможности российского суда для применения более гибкого подхода при определении деликтного статута для преддоговорных отношений путем внесения корректировок в ГК РФ или в разъяснениях Верховного суда РФ.

Заключение

Поиск правовых средств разрешения проблемы неравного положения договаривающихся сторон в унифицированном МТП и унифицированном МЧП приводит к двум взаимодополняющим сферам нормативного регулирования – материальной и коллизионной – и позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, мы констатируем отсутствие международного конвенционного регулирования преддоговорного этапа. Единственным ориентиром в этой области является Венская конвенция 1980 г., однако сфера ее действия ограничена, а непосредственно преддоговорным отношениям в Конвенции относится незначительное число норм.

Во-вторых, неофициальные международные акты материально-правовой унификации МТП предлагают более развитые модели регулирования поведения сторон в трансграничных переговорах. Основным решением для достижения баланса положений контрагентов служит институт преддоговорной ответственности, основанный на принципе добросовестности. Однако такие акты не наделены обязательной силой и применяются, по общему правилу, по договоренности контрагентов.

³⁶ См. подробнее об этом: (Marysheva, 2016).

В-третьих, на практике важнейшее значение для установления правовых последствий нарушений при переговорах имеет коллизионный метод определения применимого к таким отношениям права. Применение в совокупности материального и коллизионного методов регулирования преддоговорных контактов призвано обеспечить бóльшую определенность и способствовать смягчению неравного положения участников оборота.

В-четвертых, в европейском унифицированном коллизионном регулировании поиски правопорядка, регулирующего преддоговорные отношения, осуществляется при помощи многоступенчатого алгоритма. Коллизионный вопрос решается путем комбинации нормативно закрепленной внедоговорной квалификации отношений и компромиссного характера регулирования (предусмотрено последовательное использование договорной и деликтной привязок). Несмотря на то, что коллизионные правила Регламента Рим II в случае применения *lex loci damni* несколько затрудняют поиск применимого права, предложенные в нем решения в целом являются достаточно универсальными для регламентации отношений сторон.

При этом европейский подход не в полной мере способен оказать правовую поддержку слабой стороне в переговорах. Не оспаривая значимость автономии воли сторон, мы считаем, что задача коллизионных норм – предусматривать справедливое разрешение ситуаций, в которых выбор не является действительно в равной степени свободным для каждого из контрагентов, и в том числе допускать отклонения от принципа автономии воли. Более слабая сторона должна быть защищена от «выбора», который ей навязан, а автономия воли должна допускаться только в той степени, в которой действие этого принципа не подрывает или не умаляет защиту, которую менее влиятельные участники оборота имели бы по праву, применимому к отношениям в отсутствие такого «выбора».

В отсутствие выбора наиболее тесная связь для определения применимого права должна быть установлена с учетом не только обычного места нахождения стороны, осуществляющей характерное исполнение, но и при помощи других, менее традиционных факторов, характеризующих «тесную связь» правоотношения с компетентным правопорядком: это места *исполнения* будущих договорных обязательств, применимое право для других договоров в цепочке связанных договоров, место ведения переговоров и др. В суде обязательно должна быть учтена позиция менее защищенного участника переговоров по данному вопросу.

В-пятых, следует признать, что российское коллизионное регулирование преддоговорных отношений и ответственности в основном соответствует подходам, выраженным в актах унифицированного МЧП, а в некоторых вопросах отечественное законодательство и судебная практика идут еще дальше, раскрывая важные аспекты, и тем самым предоставляют в целом «рабочий» исходный инструмент для защиты стороны, права которой в ходе переговоров оказались несправедливым образом ущемлены. Вместе с тем проблемы в этой области, описанные в контексте права Европейского союза, в равной степени характерны и для российской правовой действительности.

С учетом выявленных направлений для совершенствования законодательства и судебной практики юридической науке следует поднять проблему неравенства контрагентов в трансграничных деловых отношениях на качественно новый уровень и предпринять концептуализацию и глубокое доктринальное изучение вопросов в этой области.

References / Список литературы

- Bonell, M. J. (2018) The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*. 23 (1), 15–41.
- BoyarSKIY, D.A. (2022) *Civil law regulation of negotiations on the conclusion of an entrepreneurial contract*: Dis. ... Cand. of legal sciences. Ekaterinburg, Ural State University of Law. (in Russian).
Боярский Д.А. Гражданско-правовое регулирование переговоров о заключении предпринимательского договора.: дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2022. 206 с.
- Carrigan, F. (2013) The trivial nature of strict legalism. *Oxford University Commonwealth Law Journal*. 13(1), 1–7.
- Gava, J. (2013) Contract law and inequality – a response to Frank Carrigan. *Oxford University Commonwealth Law Journal*. 13 (1), 9–15.
- Getman-Pavlova, I.V. (2023) Private international law. In: *General part: textbook for universities*. In 3 Vols. Vol.1. Moscow, Yurait Publ. (in Russian).
Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. В 3 томах. Т. 1: Общая часть: учебник для вузов. М.: Юрайт, 2023. 320 с.
- Gnitsevich, K.V. (2009) Pre-contractual liability in Russian civil law. *Bulletin of the Supreme Arbitration Court*. (3), 31–41.
Гнищевич К.В. Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 3. С. 31–41. (2), 16–23. (in Russian).
Гребельский А.В. Международный коммерческий арбитраж и государственные суды: союзники или оппоненты? // Третейский суд. 2021. № 2. С. 16–23.
- Guillemard, S. (1994) Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi. *Revue générale de droit*. 25(1), 49–82.
- Hage-Chahine, N. (2012) Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation. *Northwestern Journal of International Law & Business*. 32(3), 451–540.
- Ihering, R. (2013) Culpa in contrahendo or compensation for losses in case of invalidity or non-conclusion of contracts. *Civil law Review*. (3), 190–266. (in Russian).
Иеринг Р. Culpa in contrahendo, или Возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров // Вестник гражданского права. 2013. № 3. С. 190–266.
- Karapetov, A.G. & Saveliev, A.I. (2012) Freedom of contract and its limits. Vol. 1: Theoretical, historical and political-legal foundations of the principle of freedom of contract and its limitations. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Карпетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. М.: Статут, 2012. 452 с.
- Marysheva, N.I. (2016) Modern trends of conflicts of laws regulation of tort liabilities: EU Regulation of 2007 “On the law applicable to non-contractual obligations” (Rome II) and the Russian legislation. *Journal of Russian Law*. (6), 63–73. (in Russian).
Марышева Н.И. Современные тенденции коллизионного регулирования деликтных обязательств: Регламент ЕС 2007 г. «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» (Рим II) и российское законодательство // Журнал российского права. 2016. № 6. С. 63–73.
- Mazur, O.V. (2012) Pre-contractual liability: analysis of certain features of behaviour in bad faith. *Zakon*. (5), 197–205. (in Russian).
Мазур О.В. Преддоговорная ответственность: анализ отдельных признаков недобросовестного поведения // Закон. 2012. № 5. С. 197–205.
- McKendrick, E. (2019). *Contract Law*. Macmillan Law Masters. 13th Edition. Red Globe Press London. <https://doi.org/10.1007/978-1-349-14657-4>
- Michaels, R., Ruiz Abou-Nigm, V. & van Loon H. (eds.). (2021) *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International*

Law. Intersentia Online. Режим доступа: <https://www.intersentiaonline.com/library/the-private-side-of-transforming-our-world-un-sustainable-development-goals-2030-and-the-role-of-p>.

- Moura Dário, V. (2003) Precontractual Liability in Private International Law: A Portuguese Perspective. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. The Rebel Journal of Comparative and International Private Law*. 67(4), 699–725. <https://doi.org/10.1628/0033725053723550>
- Muratova, O.V. (2015) *Pre-contractual relations in international commercial turnover: from substantive to conflict of laws regulation*: Dis. ... Cand. Of legal sciences. Moscow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation. (in Russian).
Муратова О.В. Преддоговорные отношения в международном коммерческом обороте: от материально-правового к коллизионному регулированию: дисс. ... канд. юрид. наук. М.: ИЗиСП, 2015. 178 с.
- Muratova, O.V. (2019) Practical experience of resolution of precontractual disputes, arising in the international commercial turnover. *Journal of Russian Law*. (3), 82–97. (in Russian).
Муратова О.В. Практика рассмотрения преддоговорных споров, возникающих в международном коммерческом обороте // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 3. С. 82–97.
- Nam, K.V. (2019) Principle of good faith. System and randomness. *Civil law Review*. (1), 28–74. (un Russian).
Нам К.В. Принцип добросовестности. Система и бессистемность // Вестник гражданского права. 2019. № 1. С. 28–74.
- Novoselova, A.A. & Lomakina, E.V. (2014) Limits of freedom of contract in international commercial relations. *International public and private law*. (1), 9–13. (in Russian).
Новоселова А.А., Ломакина Е.В. Пределы свободы договора в международных коммерческих отношениях // Международное публичное и частное право. 2014. № 1. С. 9–13.
- Pistor, K. (2019) *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*. Princeton University Press.
- Puginskiy, B.I. & Amirov, A.T. (2023) *Modern Lex Mercatoria: Textbook*. Moscow, Zertsalo-M. Publ. (in Russian).
Пугинский Б.И., Амиров А.Т. Современный Lex Mercatoria: учебное пособие. М.: ИКД «Зерцало-М», 2023. 616 с.
- Stepanishcheva, A.M. (2015) *Legal regulation and qualification of pre-contractual relations in private international law*: Dis. ... Cand. of legal sciences. Moscow, Moscow state legal acad. them. O.E. Kutafina. (in Russian).
Степанщищева А.М. Правовое регулирование и юридическая квалификация преддоговорных отношений в международном частном праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М.: Моск. гос. юрид. акад. им. О.Е. Кутафина, 2015. 185 с.
- Schwenzer, I. (2016) Global Unification of Contract Law. *Uniform Law Review*. 21(1), 60–74.
- Volos, A.A. & Volos, E.P. (2019) Weak party in civil legal relationship: comparative legal research. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
Волос А.А., Волос Е.П. Слабая сторона в гражданском правоотношении: сравнительно-правовое исследование. М.: Проспект, 2019. 184 с.
- Zhang, Mo. (2009) Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and its Impacts on Choice of Law. *Seton Hall Law Review*. (39), 861–917.
- Zykin, I.S. (2016) The Hague Principles on the choice of applicable law to international commercial contracts. In: Komarov A.S. (ed.). *Actual legal aspects of modern practice of international turnover*. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного оборота: сб. ст. / под общ. ред. А. С. Комарова. М.: Статут, 2016. 272 с.

Zykin, I.S., Asoskov, A.V. & Zhyltsov, A.N. (eds.). (2021) *Commentary to Section VI “Private International Law” of Part Three of the Civil Code of the Russian Federation (article-by-article)*. S.S. Alekseev Research and Development Center under the President of the Russian Federation. Moscow, Statut Publ. (in Russian).

Комментарий к разделу VI «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ; отв. ред. И.С. Зыкин, А.В. Асосков, А.Н. Жильцов. М.: Статут, 2021. 655 с.

Сведения об авторах:

Фонотова Ольга Владимировна – кандидат юридических наук, доцент департамента правового регулирования бизнеса, факультет права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; Российская Федерация, 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

ORCID ID: 0000-0003-2255-9684; SPIN-код: 9663-0526; ResearcherId: AAD-6529-2019
e-mail: Olga.Fonotova@gmail.com

Беляева Лидия Евгеньевна – департамент правового регулирования бизнеса факультета права, факультет права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; Российская Федерация, 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; Референт по правовым вопросам АО «Некстонс»; Российская Федерация, 125196, г. Москва, ул. Лесная, д. 7

ORCID ID: 0009-0007-8183-5112; ResearcherId: HSF-0270-2023; SPIN-код: 6313-4860
e-mail: lesalygina@edu.hse.ru

About the authors:

Olga V. Fonotova – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Legal Regulation of Business, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics; 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-2255-9684; SPIN-код: 9663-0526; ResearcherId: AAD-6529-2019
e-mail: Olga.Fonotova@gmail.com

Lidiya E. Belyaeva – Department of Legal Regulation of Business, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics; 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation; Legal advisor, “Nextons” JSC; 7 Lesnaya str., Moscow, 125196, Russian Federation

ORCID ID: 0009-0007-8183-5112; ResearcherId: HSF-0270-2023; SPIN-код: 6313-4860
e-mail: lesalygina@edu.hse.ru